

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público

**Archivo de Derecho
Público y Ciencias
de la Administración**

1983

Vol. VI

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
CARACAS 1985



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

Decano

Dr. Alberto Arteaga Sánchez

Director de la Escuela de Derecho

Dr. Jorge Pabón

Director Adjunto

Dr. Javier Elechiguerra N.

Director de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

Dr. Ricardo Combellas

Director de Coordinación

Dr. Miguel Vanderdijs

Director de Estudios para Graduados

Dr. Enrique Lagrange

Jefe de la Oficina de Publicaciones

Dra. Ximena Rodríguez de Canestri

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Director

Dr. Allan Randolph Brewer-Carías

Subdirector

Dr. Gustavo Urdaneta

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS

Director

Dr. Juan Carlos Rey Martínez

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO

Director

Dr. Leopoldo Borjas

Subdirectora

Dra. Fabiola Romero

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

Directora

Dra. Myrla Linares

ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION

VOL. VI

1983

Régimen Jurídico de Salvaguarda
del Patrimonio Público

ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION

- Vol. I (1968-1969), Caracas, 1971, 666 pp.
- Vol. II (1970-1971), Caracas, 1972, 616 pp.
- Vol. III (1972-1979), *El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, Caracas, 1981, Tomo I y Tomo II, 1.252 pp.
- Vol. IV (1980-1981), *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, 500 pp.
- Vol. V (1982), *Derecho Urbanístico*, Caracas, 1983, 536 pp.
- Vol. VI (1983), *Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Caracas, 1984.
- Vol. VII (1984), *El Derecho Público en Venezuela y Colombia* (en preparación)

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

**ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION**

Vol. VI

1983

*REGIMEN JURIDICO DE SALVAGUARDA
DEL PATRIMONIO PUBLICO*

DIRECTOR

ALLAN-RANDOLPH BREWER-CARIAS

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

CARACAS / 1985

Derechos reservados

Depósito legal lf. 85-0393

K346.87029

R263

Régimen jurídico de salvaguarda del patrimonio público / Instituto de Derecho Público; director Allan-Randolph Brewer-Carías. — Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1985.

786 p.; 24 cm (Archivo de derecho público y ciencias de la administración; 6)

Publicado bajo los auspicios de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración.

Incluye bibliografía.

1. Enriquecimiento ilícito - Venezuela. 2. Corrupción administrativa - Venezuela. 3. Venezuela - Funcionarios y empleados. I Título: Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Impreso en Venezuela

Printed in Venezuela

Impreso en la Imprenta de la Universidad Central de Venezuela

PRESENTACION

Con motivo de la publicación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en Gaceta Oficial N° 3.077 Extraordinaria, de 23 de diciembre de 1982, el Instituto de Derecho Público y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración, organizaron dos Seminarios de estudio de dicha ley, que se celebraron en el Parque Central entre los días 19 al 21 de enero y 23 al 25 de marzo del año 1983, los cuales tuvieron una nutridísima concurrencia.

Adquirimos el compromiso, con los asistentes, de publicar los trabajos y ponencias presentadas a los dos Seminarios, y de allí el presente Volumen VI del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, correspondiente a 1983.

En esta forma, una vez más el Instituto de Derecho Público, en su publicación regular, pone a disposición de los profesionales del derecho y otras personas interesadas, un conjunto de reflexiones sobre una ley novedosa como es la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, lo cual como ha sucedido en otros casos, sin duda contribuirá a una más adecuada e interpretación de la ley en su etapa inicial.

Nuestro agradecimiento a todos los profesores y profesionales del derecho que atendieron nuestro requerimiento para participar en los Seminarios señalados y presentaron los documentos que aquí se publican.

Ciudad Universitaria, octubre de 1984.

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Director del Instituto
de Derecho Público

CONTENIDO GENERAL

VOLUMEN VI (1983)

REGIMEN JURIDICO DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

I. ASPECTOS GENERALES Y POLITICOS

- Los derechos y garantías constitucionales y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Gonzalo Pérez Luciani, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Costos y Beneficios Políticos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Humberto Njaim, Profesor-Investigador en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela.
- Comentarios al Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Validación y ulteriores desarrollos de "Costos y Beneficios Políticos de la LOSPP"*, por Humberto Njaim, Profesor-Investigador en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela.
- La Ley Orgánica como instrumento de lucha contra la corrupción*, por Diego Bautista Urbaneja, Profesor-Investigador en el Instituto de Estudios Políticos de la UCV.
- El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Gustavo Urdaneta Troconis, Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Subdirector del Instituto de Derecho Público de la UCV.

II. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY

- Los sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por José Mélich Orsini, Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Los sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Armando Rodríguez G., Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, adscrito al Instituto de Derecho Público.
- Las empresas del Estado y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Juan Garrido Rovira, Profesor en la Escuela Nacional de Hacienda Pública.
- El régimen jurídico de las Fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Allan R. Brewer-Carías, Director del Instituto de Derecho Público.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

- La responsabilidad civil del funcionario ante la Administración*, por Eloy Lares-Martínez, Profesor Jubilado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- El ilícito administrativo en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por José Guillermo Andueza, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Hildegard Rondón de Sansó, Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- La responsabilidad administrativa a la luz de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y otras leyes fiscales*, por Gilberto Mejías, Abogado - Fiscal Jefe de la Oficina de Recursos Jurisdiccionales de la Dirección de Procedimientos Jurídicos de la Contraloría General de la República.
- La responsabilidad de los funcionarios públicos y la Ley Orgánica*, por Gabriel Ruan, Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.

- La responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos*, por Allan R. Brewer-Carías, Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV.
- La responsabilidad de los funcionarios públicos, con particular referencia a la responsabilidad administrativa y disciplinaria*, por Eloísa Avellaneda Sisto, Profesora de Fundamentos de la Administración Pública en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, adscrita al Instituto de Derecho Público; y Alexis Pinto D'Ascoli, Consultor Jurídico del Instituto Nacional de Puertos.

IV. ASPECTOS PENALES Y CRIMINOLOGICOS

- Los delitos contra la cosa pública en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Alberto Arteaga Sánchez, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.
- Aspectos criminológicos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Tosca Hernández, Investigadora del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la UCV.
- Los nuevos tipos delictivos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Carlos Bello, Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

V. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

- Las atribuciones de la Contraloría General de la República en materia de declaración jurada de patrimonio y de enriquecimiento ilícito según la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Freddy Orlando, Director de Procedimientos Jurídicos de la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Contraloría General de la República.
- La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Contraloría General de la República*, por Enrique Sánchez Falcón, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV.
- Los recursos contra el auto de responsabilidad administrativa*, por Manuel Rachadell, Profesor de Derecho Administrativo y de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

VI. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

- El Procedimiento Penal en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Javier Elechiguerra, Adjunto a la Dirección de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Profesor de Derecho Penal II y Procesal Penal en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.
- El enjuiciamiento en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Esteban Agudo Freytes, ex Director de la Consultoría Jurídica de la Fiscalía General de la República.
- La jurisdicción y el proceso oral en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, por Farat Salim, Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de los Andes.

VII. APENDICE: TEXTO DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

I

ASPECTOS GENERALES
Y
POLITICOS

LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

GONZALO PÉREZ LUCIANI

I

CONFERENCIA Y POLÉMICA

Una de las especies más difíciles tanto desde el punto de vista literario como desde el punto de vista científico, es una conferencia.

El principal problema lo constituye parte del público asistente a la misma que carece de homogeneidad respecto al nivel cultural o científico del tema. Entre los asistentes hay especialistas en las materias a ser tratadas a quienes será difícil enseñar algo nuevo o siquiera interesar en la disertación; así como también podrán encontrarse personas que de la materia tengan pocos o ningún conocimiento y respecto de los cuales el conferenciante sólo puede interesarlos con exposiciones muy generales, que podrían aburrir, por sabidas, a los especialistas a que nos hemos referido en primer lugar. Estas observaciones críticas sobre las conferencias ya las había calibrado el filósofo y literato español José Ortega y Gasset.

Al meditar sobre el tema de esta conferencia se advierte desde un primer momento un intenso aroma político, y no de política de historia remota o de política teórica, sino de la política reciente y de la política que practican los políticos venezolanos. Este aspecto negativo en su primer enfoque —por el posible pecado contra la imparcialidad— presenta también un aspecto positivo evidente: poner de relieve algunos aspectos de la charla con intenciones —no fines— polémicos, para obligar a los presentes a tomar posición frente a las cuestiones que van a tratarse.

La idea es que las posiciones que se adopten no sean emocionales o de sectarismos vivenciales, sino más bien posiciones polémicas sobre un conjunto de cuestiones que pertenecen al país, a su Constitución y legislación y que puedan ser tratadas a nivel intelectual y crítico antes que en el nivel sintético y práctico. En otras palabras, nuestra intención es utilizar cuestiones polémicas no con fines polémicos, sino como un medio, un método, con una finalidad mayéutica de tipo socrática.

II

CRISIS DEL PODER LEGISLATIVO

A. *Consideraciones generales*

En las democracias modernas, construidas sobre el esquema organizatorio proveniente de la evolución política inglesa y de las revoluciones americana y francesa, el poder del Estado que más ha perdido en la cuota de dominio que le correspondía en los nuevos Estados, ha sido el Poder Legislativo. Basta mirar a dos prototipos actuales de países dentro del mundo occidental.

En Francia antes de 1958, el Parlamento podía legislar prácticamente en todos los dominios y en casi todas las materias. Después de 1958, la Constitución sólo ha reservado un dominio especial a la ley. Todas las materias que escapan a la enumeración constitucional, pertenecen hoy al llamado poder reglamentario. En otras palabras, la normación primaria ya no es monopolio del legislador o del Parlamento; sólo un grupo de materias están reservadas al Poder Legislativo, estableciendo la Constitución una competencia residual en materia de normación primaria en favor del Ejecutivo.¹

En los Estados Unidos de América, el Poder Legislativo desde hace muchas décadas, se ha visto incluido entre los paréntesis del veto presidencial y el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por la Corte Suprema de Justicia.

B. *Consideraciones especiales referidas a Venezuela*

Las constituciones venezolanas que en número de veintidós se han sucedido desde 1830, hasta la vigente de 1961, han dado un papel re-

1. Cfr. Duverger, Maurice: *Eléments de Droit Public*, París, 1977, pp. 127 y ss., y la publicación: *Constituciones Europeas*, del Instituto de Estudios Políticos, de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; Madrid, 1960, pp. 128 y ss.

levante al legislador o Poder Legislativo nacional. Pero es innegable que en los ciento cincuenta años de vida constitucional propiamente venezolana, la realidad política del poder efectivo, en toda la extensión espacial y temporal venezolana ha correspondido al Poder Ejecutivo. Luego de enterrados nuestros héroes de la gesta independentista, doblados de caudillos y caciques, luego de derribadas las estatuas de los autócratas y de soportados o desterrados los últimos tiranos y dictadores, el Poder Legislativo venezolano parece incorporarse a la vida política del país.

En Venezuela, sin embargo, la preponderancia o influencia del Poder Legislativo ha sido menor que en otros países de Hispanoamérica. Esta posición vicaria del Poder Legislativo se debe, en parte, a la tradición heredada de regímenes despóticos, pero últimamente también al hecho de que el Jefe del Ejecutivo, el Presidente de la República, desde que se instauró el voto directo para su elección, recibe de manera directa del pueblo su mandato. Así pues, el prestigio del caudillo, la fuerza del autócrata y la soberbia y maldad del déspota fueron traducidas y trasladadas a autoridades electas por la consagración del voto popular.

En los últimos años de democracia, en Venezuela el Poder Legislativo ha oscilado hacia tres tendenciosas finalidades.

1. En algunos casos, la actividad propiamente normativa o legislativa, ha quedado reducida al mínimo. Esta situación ha sido el producto de que una misma fuerza política ha logrado una mayoría en los cuerpos legislativos y, además, la posesión del Poder Ejecutivo. La principal labor de las Cámaras Legislativas fue la de neutralizar los ataques de la oposición.

2. En situaciones similares, los cuerpos legislativos, en virtud de previsiones constitucionales, han delegado la potestad legislativa en el Poder Ejecutivo, dando origen a una proliferación de decretos con fuerza de ley. A la actividad ejecutiva y normativa de primer grado del Ejecutivo, derivada de la delegación legislativa, se ha unido otra actividad normativa anómala derivada de una normación con fundamento en decretos de suspensión o restricción de garantías ciudadanas. En Venezuela son innumerables los organismos, instituciones y regulaciones fundadas y derivadas de situaciones de restricción o suspensión de garantías constitucionales. El Poder Legislativo ha tenido en estos períodos como función preponderante la eliminación o reducción de las propuestas de la oposición política al gobierno.

3. Una tercera situación se produce cuando las fuerzas de oposición al gobierno dentro de las Cámaras Legislativas, no son absolutas, sino que dependen de pactos o alianzas transitorias, temporales u ocasionales entre varios partidos políticos que logran una mayoría precaria. En estas situaciones, como la que se ha presentado en el actual período constitucional, se producen tres especies de normación legislativa.

a) Una normación que podría llamarse popular, en la cual los sectores progresistas del país parecen todos coincidir y las diferencias entre gobierno y oposición tienden a reducirse al *mínimum*. Así se produce la novísima reforma del Código Civil, apresurada, distorsionada, incompleta y confusa, que viene a satisfacer el sentido de igualdad, a lo venezolano, esto es, impuesto desde arriba.

b) Una normación especializada, que tiende a ser más una reglamentación de segundo grado que una verdadera normación primaria, como la Ley Orgánica de Régimen Municipal, unida a una producción de Leyes Orgánicas que le ha quitado todo sentido a tal expresión constitucional; una normación reguladora de potestades del Poder Ejecutivo con la finalidad de enervar u obstaculizar el ejercicio de tales potestades, como son las reformas a la Ley Orgánica de Crédito Público y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

c) Y una última normación de carácter sancionatorio, o mejor retaliatorio, en las cuales la responsabilidad de la Administración y el Gobierno así como su posible culpabilidad deben ser prevenidas, corregidas y sancionadas con un rigor poco menos que draconiano. Los proyectos de leyes de este último tipo no han sido sancionadas en su totalidad, porque las minorías políticas representadas en las cámaras legislativas no han sido convencidas —en el sentido amplio de la palabra— de que el gobierno deba estar sometido a tales restricciones. Así no han tenido buen éxito, hasta ahora, leyes tendientes a frenar la política financiera y económica del Ejecutivo, como las referentes a las empresas que operan en el ramo de hidrocarburos y a la ley que regula el funcionamiento de instituciones financieras como el Fondo de Inversiones de Venezuela y el Banco Central de Venezuela. Pero la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, tiene algo de los tres grupos de normación que hemos clasificado: es popular o “populista”, como se dice ahora; es una normación reguladora de todas las divisiones de los Poderes Públicos, pero es evidente su incidencia en el ejercicio de muchas potestades del Poder Ejecutivo, especialmente en los estratos relativos al personal administrativo y constituye, además, una poderosa

arma de ataque político para esgrimirse frente a la Administración Pública.

4. Todas estas vicisitudes tienden a disminuir el prestigio y papel político de las Cámaras Legislativas y ya se hace evidente que han abandonado el papel principal de las mismas tal y como fueron concebidas en las constituciones de la primera parte de este siglo, de productoras de normas del ordenamiento, y han derivado hacia el ejercicio del poder político y a la tarea de compartir la actividad de Gobierno con el Poder Ejecutivo.

Correlativamente, en el Poder Ejecutivo se ha notado un sensible aumento de las potestades normativas. El número de decretos y demás actos del Ejecutivo decuplica, cuando menos, la producción de actos normativos de las Cámaras Legislativas.

III

LOS ANTECEDENTES DE LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

A. *Las actuaciones de la Junta Revolucionaria de Gobierno*

1. No había transcurrido una semana del derrocamiento del Presidente Isaías Medina Angarita por el golpe de Estado que se denominó la "Revolución de Octubre", cuando la Junta Revolucionaria de Gobierno ordenó crear una comisión para que ésta determinara las personas que no podían realizar actos de disposición de bienes y manejo de dinero, hasta tanto no se dictaminara sobre la responsabilidad de tales personas en el manejo de los fondos públicos o su enriquecimiento indebido por abuso del ejercicio de los cargos del Estado. Estas disposiciones fueron tomadas por el Decreto número 6, de fecha 22 de octubre de 1945, en el cual también se previó la creación de un Tribunal especial para establecer las responsabilidades aludidas arriba.

2. Antes de cumplirse un mes de los sucesos de octubre, la Junta Revolucionaria de Gobierno dispuso, entre otras cosas, las siguientes:

a) Las personas seleccionadas por la Comisión Clasificadora como sospechosas de enriquecimiento ilícito debían hacer declaración jurada de sus bienes en un lapso no mayor de quince días.

b) La fuerza coaccionadora de esta medida estuvo en disponer que los bienes no incluidos en la declaración se considerarían renun-

ciados a favor del Fisco Nacional, salvo que se probare tratarse de un error excusable.²

3. Para el día 28 de noviembre de 1945, la Junta Revolucionaria de Gobierno ordenó la creación del Tribunal llamado "Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa" para establecer la responsabilidad de cualquier persona, jurídica o natural, que por ellas mismas o por intermedio de terceros, directa o indirectamente, hubieran cometido con intención o por negligencia o imprudencia, actos o hechos perjudiciales a la cosa pública, o se hubieran enriquecido sin causa, en beneficio propio o ajeno, prevalidos de la influencia indebida de quienes ejercieron funciones públicas.³

Entre las características especiales de esta medida, se encuentran las siguientes:

a) La sentencia condenatoria producía como consecuencia el traspaso automático de los bienes del encausado al patrimonio nacional, aun cuando se encontraren en poder de terceras personas.

b) Los miembros o componentes del Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa no podían ser recusados.

c) Se estableció una presunción de enriquecimiento ilícito contra toda persona sometida a investigación por la primitiva Comisión Sustanciadora, que había sido creada por el Decreto número 54.

d) Probablemente por escrúpulos jurídicos y para evitar críticas internacionales, el decreto estableció que las restituciones de bienes acordadas contra los enjuiciados, no se considerarían sanciones penales.

e) Por último, el decreto estableció que no podían invocarse como defensas o excepciones cualesquiera actos, acuerdos, veredictos o decisiones que hubieren puesto fin a la responsabilidad de las personas enjuiciadas, no considerándose aplicables los principios constitucionales o el derecho común que puedan hacer cesar las responsabilidades exigidas.

4. En el día final del año de 1945, la Junta Revolucionaria de Gobierno decidió aplicarse a sí misma y a sus colaboradores el remedio que había hecho tragar a sus opositores, estableciéndose la obligatorie-

2. V. Decreto número 54 de 17 de noviembre de 1945, *Gaceta Oficial* número 21.863, de la misma fecha.

3. V. Decreto número 64, de 27 de noviembre de 1945, *Gaceta Oficial* número 21.872, de 28 de noviembre de 1945.

dad de hacer una declaración jurada de bienes, que comprendía a los miembros de la propia Junta, a los Encargados de los Despachos Ejecutivos, Presidentes de Estados, Gobernadores del Distrito Federal y Territorios Federales, directores de Institutos Autónomos, otros altos funcionarios y a los funcionarios que cada Despacho Ejecutivo determinara por Resolución Oficial.

Este último decreto era evidentemente incompleto, ya que podía interpretarse que sólo tenía vigencia respecto de los funcionarios que se encontraran en posesión de aquellos cargos para la fecha del decreto, porque no se aplicaría en el futuro a otros funcionarios.

La declaración de bienes debía hacerse ante un Juzgado del lugar donde el empleado ejerciera sus funciones. Salvo la publicidad lograda por tales medios, no se previeron sanciones especiales por violación de los deberes que imponían tales normas.

B. *La primera "Ley contra el enriquecimiento de funcionarios o empleados públicos"*

Antes de iniciar este capítulo es conveniente observar que las medidas iniciadas con verdadero ardor revolucionario por los personeros de los sucesos de octubre de 1945, crearon una profunda división en la familia venezolana, por los rencores y pasiones que se desataron. Estas reacciones sociales fueron comparativamente aún más violentas que las ocurridas durante el paso de la dictadura gomecista a la incipiente democracia que la subsiguió.

1. El Constituyente de 1947, que completaba y terminaba la obra revolucionaria de la Junta de Gobierno, no escapó a la influencia de los líderes políticos y militares de 1945.

Así, en la Constitución de 1947 se estableció (artículo 89) el deber de todo funcionario público de formular declaración jurada de sus bienes en los casos que determinare la ley y de someterse a los requisitos y consecuencias que la misma ley determinare para el ejercicio de los cargos que envuelvan la administración de fondos públicos.

Como consecuencia de esa norma constitucional, el Presidente de la República promulgó el día 18 de octubre de 1948, la ley que se ha conocido con el nombre de "Ley contra el enriquecimiento ilícito de funcionarios o empleados públicos".

Los destinatarios de la ley podían considerarse incluidos en tres categorías:

a) Toda persona investida de funciones públicas permanentes, transitorias, remuneradas, gratuitas, electivas, por nombramiento, etc., al servicio de la República, de los Estados y demás dependencias, Distritos, Municipios o Institutos Autónomos.

b) Particulares —no funcionarios— encargados de la administración de inmuebles de las administraciones públicas.

c) Los administradores de sociedades civiles y mercantiles que fueren designados como tales por los órganos de las administraciones públicas.

La propia ley excluía, a continuación, una serie de funcionarios públicos de los niveles inferiores de la Administración.

2. Esta Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos podría considerarse relativamente benévola o condescendiente.

a) La omisión del deber de hacer declaración jurada para remitirla al Contralor General de la Nación, quedaba sancionada con multas de quinientos a diez mil bolívares.

b) La Comisión Investigadora era nombrada por todo el período constitucional y por los propios poderes públicos sobre los cuales debía ejercer su vigilancia y control.

c) Los procedimientos ante esa Comisión Investigadora se reducían fundamentalmente a tres tipos:

c.1.) Conocer sobre denuncias relativas a los delitos contra la cosa pública, especialmente, los previstos en los artículos 195 al 199 y 205 del Código Penal.

c.2.) Conocer sobre denuncias por infracciones a leyes fiscales y hechos previstos en algunas normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

c.3.) Conocer sobre denuncias contra el enriquecimiento ilícito, el cual era definido como el caso en que el funcionario público se encontrare en posesión de bienes, por sí o por interpuesta persona, que sobrepasaren notoriamente sus posibilidades económicas, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía.

d) El resultado de la investigación, concluía con la remisión que debía hacer la Comisión Investigadora, de sus averiguaciones al tribunal penal, en caso de delitos contra la cosa pública; al Contralor General

de la Nación por las infracciones fiscales y hacendarias; y al Procurador General de la Nación por las causas de enriquecimiento ilícito.

Por supuesto, las decisiones de la Comisión Investigadora no constituían cosa juzgada y todas las acciones a que se refería la ley, prescribían en un período de seis años.

Quizás la parte más relevante de esta normación fue el establecimiento de procedimientos relativamente abreviados para los juicios penales por delitos contra la cosa pública y para los juicios civiles derivados del enriquecimiento ilícito. Respecto de ambos procedimientos la competencia de la Comisión Investigadora quedaba sustituida por la de la Corte Suprema de Justicia, prácticamente para todos los cargos de mayor jerarquía en el Poder Ejecutivo, los miembros de las Cámaras Legislativas y los propios miembros de la Corte Suprema de Justicia.

En verdad hay que reconocer, que el fervor revolucionario en que se inició el movimiento de octubre de 1945 estaba bastante mitigado al cumplirse los tres años exactos de su iniciación.

C. *La evolución posterior de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos*

1. A poco más de un mes de sancionada la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, se produce el golpe de Estado que terminó la corta vida institucional del gobierno de Rómulo Gallegos.

La ley no fue derogada por el Gobierno *de facto* de 1948, ni por el pseudogobierno constitucional que luego sancionó la Constitución de 1953. Sin embargo, la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos quedó como letra muerta. Los funcionarios públicos se olvidaron de su deber de hacer declaraciones juradas de bienes; y los contralores generales de la nación, del deber de exigir las mismas y de sancionar a los renuentes, hasta que se produjo la insurrección de 1958.

2. Fue con ocasión de este acontecimiento que se reveló la insuficiencia de la ley de 1948. Hubo que acudir a los decretos-leyes de los gobiernos *de facto*⁴ para asegurar los bienes del ex presidente Marcos Pérez Jiménez. Hubo necesidad de constituir una Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito provisional, hasta que pudiera cons-

4. Véase Decreto número 28, de 6 de febrero de 1958.

tituirse la Comisión prevista en la propia ley⁵ y tomarse otras previsiones a fin de lograr un *mínimum* de efectividad en los procedimientos contra el enriquecimiento ilícito.⁶

3. Sin embargo, todas las medidas adoptadas tanto por el primer gobierno provisorio como por el gobierno constitucional subsiguiente fueron todavía incompletas. Tuvo que venir en auxilio de las instituciones destinadas a combatir la corrupción el constituyente del año de 1961.

Entre las medidas adoptadas por las disposiciones transitorias de la Constitución se cuentan las siguientes:

a) La confiscación de los bienes del ex presidente Marcos Pérez Jiménez.

b) Igual medida de confiscación contra los bienes pertenecientes a las personas sometidas a investigación por la Comisión Investigadora, por razón de hechos o actuaciones anteriores al 23 de enero de 1958.

c) Transformación del régimen de las decisiones de la Comisión Investigadora, los cuales adquirirían la cualidad de sentencias definitivamente firmes.

d) A los interesados que no estuvieren de acuerdo con las confiscaciones pronunciadas por las decisiones de la Comisión Investigadora, se les otorgaba el recurso de acudir ante la Corte Suprema de Justicia, pero debiendo demostrar ante ella la licitud total o parcial de sus enriquecimientos.

e) La suspensión de la prohibición constitucional sobre la irretroactividad de las leyes prevista en el artículo 44 del nuevo texto, para ser aplicadas las nuevas normas a todos los actos anteriores al 23 de enero de 1958.

A pesar de tantos inconvenientes para sancionar a las personas que habían incurrido en casos de corrupción, los efectos sociales de las medidas adoptadas fueron muchísimo menores que las reacciones que se originaron a raíz del golpe de Estado de 1945. Esto causa mayor sorpresa porque con anterioridad al año de 1945, se habían vivido unos diez años de una democracia olvidada ya en Venezuela; en cambio, antes de 1958 se habían vivido diez años de una dictadura de las más crueles que había padecido el país.

5. V. Decreto número 29, de 6 de febrero de 1958.

6. V. Decreto número 64, de 27 de febrero de 1958; Decreto número 93 de 14 de marzo de 1958; y Decreto número 116, de 28 de marzo de 1958.

4. Apenas encargado el doctor Raúl Leoni de la Presidencia de la República en el año de 1964, se produce una modificación de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos. Esta modificación parcial sólo cambió en poca cosa la forma de elección de la Comisión Investigadora, habiéndose eliminado las disposiciones transitorias que existían en la ley derogada.

5. En conclusión, después de casi veinticinco años de vigencia, casi los mismos que tiene la democracia y que vivimos sin interrupción, se ha decidido cambiar y reestructurar de manera casi total la ley, comenzando por el nombre de la misma y transformado los mecanismos originalmente previstos.

IV

LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO Y EL DESBORDAMIENTO CONSTITUCIONAL

Cuando se me invitó a participar en este Seminario sobre la nueva ley que ha de sustituir a la del enriquecimiento de funcionarios públicos, pensé como título de la conferencia el de "Desbordamientos Constitucionales" producidos por el nuevo texto. Sin embargo, opté por una denominación menos polémica, aunque también menos ajustada, al desarrollo de esta charla, como es la referencia a los derechos y garantías constitucionales.

Este capítulo de la conferencia estará dividido en tres partes fundamentales que se referirán al papel de la Contraloría General de la República en estos procedimientos especiales; al Estatuto o régimen jurídico del funcionario público y a título de consecuencias a la puntualización de algunas tendencias del legislador venezolano en los últimos años.

A. *La Contraloría General de la República y su intervención en los procedimientos para la salvaguarda del patrimonio público*

1. Todos los presentes conocen que la creación de la Contraloría General de la República fue producto de una reforma de nuestra Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que se operó en el año de 1938. Sin embargo, en el momento inicial de entrada en vigencia de la ley, se plantearon varios interrogantes con relación al nuevo texto legislativo, siendo el fundamental de ellos el relativo a la naturaleza jurídica de la Contraloría, ya que notables juristas habían señalado que

según el régimen constitucional venezolano, los Ministros del Despacho debían rendir sus cuentas al Congreso Nacional, a los fines de su aprobación o improbación. No era posible que por una ley ordinaria se alterara el mecanismo constitucional y se asignara la función del examen de las cuentas a un organismo diferente como la Contraloría, sin incurrir en inconstitucionalidad.⁷ De la misma manera surgieron dudas con relación a la categoría que el funcionario llamado Contralor General de la Nación estaba llamado a ocupar, llegando a considerarlo algunos como el funcionario más importante después del Presidente de la República, aceptándose la tesis más equilibrada de que el rango era de la misma jerarquía que un Ministro del Despacho.

Algunas de estas dificultades quedaron plasmadas en la forma de elección del Contralor General que, en principio fue elegido por el Congreso de una quinaria presentada por el Presidente de la República.

2. Todas las dudas anteriores quedaron disipadas al sancionarse el texto constitucional de 1947. En dicho texto, entre los organismos que componían el llamado Poder Nacional⁸ se encontraba la Contraloría General de la Nación, y la función principal de este organismo fue la de fiscalizar los ingresos y egresos del Tesoro Nacional (rentas y gastos públicos), así como el control de los bienes nacionales, adquiridos o administrados por Oficinas Nacionales o por Institutos Autónomos (artículo 241), disposición que fue expresada también mediante la fórmula de señalar que la Contraloría General de la Nación sería un órgano auxiliar del Congreso en la oportunidad del examen y aprobación o improbación de las cuentas ministeriales y de los Institutos Autónomos (artículo 246).

3. La doctrina jurídica venezolana no ha dudado de estas características. Hace ya algunos años Polanco señalaba asertivamente que la Contraloría era un organismo auxiliar del Congreso, a fin de hacer posible y efectiva la función de control que a éste le corresponde sobre el funcionamiento fiscal de la Administración Pública.⁹

La más moderna y autorizada doctrina patria enseña que la Contraloría es un órgano del Estado que ha de servir de auxiliar al Congreso para el ejercicio de su función de control sobre la Administración. Pero bien entendido que esa misión no se limita a preparar el examen de las

7. Cfr. Polanco A., Tomás: *La Administración Pública*, Caracas, 1952. Tesis de grado incluida en *Anales de la Facultad de Derecho*. Caracas, 1951, pp. 229 y ss.

8. En contraposición al Poder de los Estados y Poder Municipal.

9. Cfr. Polanco: *ob. cit.*, p. 230.

cuentas ministeriales, ya que la Constitución señala que le corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales. El cumplimiento de tales cometidos excede de la mera preparación del examen de cuentas por el Congreso, pero toda la labor de la Contraloría constituye una forma de cooperación con el Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública.¹⁰

Prácticamente sin contradicciones toda la literatura jurídica venezolana repite las frases de un diputado en las sesiones relativas a la discusión de la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Nación, en el año de 1938, que dice así:

Tiene especial interés para la Contraloría la demarcación clara de sus funciones fiscalizadoras con respecto a las funciones que incumben al Ejecutivo como Administrador de la Hacienda Nacional: no puede por ningún concepto invadir o mezclarse en la materia administrativa, esto es, actuar en lo que sea función privativa del Administrador, porque si así lo hiciera perdería *ipso facto* el carácter de fiscalizadora de la Hacienda Nacional.¹¹

4. También y prácticamente, sin mayores alteraciones en las funciones esenciales de la Contraloría General de la República, la legislación positiva se ha ceñido a las mismas pautas establecidas desde el momento de la creación del organismo en 1938.

Las funciones atribuidas por las Leyes Orgánicas de Hacienda y últimamente por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se reducen formalmente a tres:

a) El control preventivo de los compromisos que ha de contraer el Fisco Nacional, tanto respecto de los contratos a celebrarse por el Ejecutivo Nacional como respecto de las órdenes de pago.

b) El control *a posteriori* de los compromisos asumidos por la Administración y los pagos efectuados por ella.

c) El control de los ingresos nacionales, que comprende fundamentalmente, el pago oportuno de tasas e impuestos.

A lo sumo, habría que agregar la fiscalización sobre algunos bienes nacionales cuya vigilancia corresponde a la Contraloría, en especial, la enajenación de bienes muebles del patrimonio nacional.

10. Cfr. Lares-Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*; Caracas, 1979, 4ª edc., pp. 490 y ss.

11. Cfr. Polanco: *ob. cit.*, p. 233.

5. Los textos constitucionales vigentes repiten exactamente que la Contraloría General de la República tendrá entre sus atribuciones el control y vigilancia de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos (artículo 234), definición que repite el artículo 1º de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

De acuerdo con esos principios, la ley vigente señala los mismos controles a que hemos hecho referencia y con relación a "*...los funcionarios públicos y particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control y hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias...*" la Contraloría podrá realizar investigaciones y declarar la responsabilidad administrativa del funcionario.

Esas atribuciones limitadas y concretas, establecidas por el texto constitucional y corroboradas por los textos legales han sido extendidas a todos los funcionarios de todos los Poderes Públicos.

En efecto, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público confiere atribuciones a la Contraloría General de la República en materia de declaraciones juradas sobre el patrimonio, en exceso respecto de las regulaciones anteriores, que se limitaban a la imposición de multas por violación del deber de declarar.

En la actual Ley de Salvaguarda la Contraloría es juez único y absoluto de la corrección y exactitud de las declaraciones (artículo 16) y de la correspondiente imposición de sanciones que van hasta la privación de los sueldos y emolumentos.

La Contraloría General de la República, discrecionalmente, puede obligar a cualquier persona distinta de las señaladas en la propia ley, a presentar declaraciones juradas de sus patrimonios (artículo 13).

Cualquier persona que ejecute obras, realice suministros o preste servicios a cualquier entidad de las señaladas en el artículo 4º, deberá rendir declaración jurada de su patrimonio a solicitud de la Contraloría y como sanción, quedará inhabilitada para contratar o para recibir los pagos de cantidades que se le adeuden (artículo 14).

Estas disposiciones legales de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público conducen a las siguientes conclusiones:

a) El Contralor General de la República puede rechazar la declaración jurada de patrimonio que hagan el Presidente de la República,

los presidentes de las Cámaras Legislativas, el Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de todos los senadores y diputados, de todos los ministros y demás altos funcionarios del país. El Contralor, arbitraria y unilateralmente puede exigir a tales personajes la presentación de elementos probatorios y concluir, suspendiéndoles el pago de sus sueldos (artículo 16). En adición, el Contralor puede imponer sanciones a todos ellos (artículo 19, numeral 2).

Las únicas personas que no pueden ser sancionadas, son el propio Contralor y los empleados o dependientes de la propia Contraloría, que gozarían así de privilegios insospechados.

b) Los recursos consagrados en las leyes como la Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no parecen articulados con las disposiciones sobre la Ley de Salvaguarda. Los recursos administrativos probablemente sean inútiles, en caso de haberlos y los contencioso-administrativos tardíos e impotentes para obtener una oportuna justicia.

c) Estas actividades del Contralor y de la Contraloría exceden manifiestamente el régimen jurídico-constitucional que establece las atribuciones de la propia Contraloría en materia de fiscalización y control de la Hacienda Pública, según las definiciones que hemos dado antes. El Contralor se ha convertido en órgano soberano de las actuaciones de todos los funcionarios públicos y de todas las personas ligadas a la Administración Pública y en el árbitro del destino y honor de todas ellas.

B. *La Contraloría General de la República y su actividad en materia de responsabilidad administrativa*

Previa a toda otra consideración es necesario rechazar la expresión "responsabilidad administrativa", ya que la misma, en un lenguaje jurídico universal, significa la responsabilidad que es consecuencia de infracciones o transgresiones de particulares a deberes administrativos frente a la Administración Pública, infracciones que comportan sanciones administrativas que deben ser aplicadas por autoridades administrativas. Una subespecie de esta responsabilidad se denomina "responsabilidad disciplinaria", en la cual la infracción de los deberes jurídicos corresponde a una especial situación del particular respecto de la Administración Pública, la cual caracteriza la típica relación de empleo público, en la mayoría de los casos.

El ejercicio de los poderes de la Administración que ponen en funcionamiento la responsabilidad administrativa en Venezuela, están contemplados fundamentalmente en las leyes impositivas y leyes que imponen deberes de policía. La responsabilidad administrativa disciplinaria, especialmente respecto del funcionario o empleado público, está desarrollada en el Título V de la Ley de Carrera Administrativa.

Sin embargo, de acuerdo al Título IV de la Ley Orgánica de la Salvaguarda del Patrimonio Público, la "responsabilidad administrativa" es una institución común a todos los funcionarios o empleados públicos pertenecientes a cualquier rama de cualquier poder público: los legisladores, los jueces, etc., están sujetos a una responsabilidad disciplinaria, que nada tiene que ver con la Administración, sino con la legislación o la justicia. Sin embargo, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público ha establecido una autoridad suprema en materia de responsabilidad disciplinaria que comprende como sujetos pasivos desde el Presidente de la República hasta el último funcionario de cualquiera de los poderes y organismos del Estado, entidades federales, Municipios, Institutos Autónomos y empresas del Estado, quedando a salvo, únicamente, el propio Contralor General de la República que no puede sancionarse a sí mismo.

Este régimen llamado de "responsabilidad administrativa" está en abierta contradicción con el régimen disciplinario contemplado en la Ley de Carrera Administrativa, como se dijo antes. El régimen de sanciones para el empleado público en esta ley y en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público difieren notablemente.

Si nos atenemos a la categoría de *orgánica* atribuida a la Ley de Salvaguarda y al hecho de ser ley posterior, toda la disciplina establecida para los funcionarios de la Administración Pública ha desaparecido. Contrariando igualmente todos los principios organizativos, el único árbitro de las infracciones administrativas y el único jerarca en la imposición de sanciones es ahora el Contralor General de la República.

Ni la Constitución, ni la propia Ley Orgánica de la Contraloría permiten tales intromisiones de la Contraloría dentro de la Administración activa. Se ha subvertido así todo el orden constitucional y legal y todo el sistema de la disciplina administrativa.

C. *La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público y la situación de los funcionarios públicos y empleados de empresas del Estado*

1. Cuando la Constitución venezolana se refiere al Poder Público, señala en líneas generales el régimen y situación jurídica de los funcionarios públicos. La Constitución hace especial referencia al establecimiento de una carrera administrativa (para los funcionarios de la Administración Pública Nacional) y la incorporación de los empleados al sistema de seguridad social.

La propia Constitución señala que para ser funcionario público han de cumplirse los requisitos señalados en la ley, para el ejercicio del cargo.

En la misma Constitución se prevén los casos de incompatibilidad en el ejercicio de destinos públicos y las limitaciones a la legitimación negocial para celebrar determinados contratos.

Esta situación constitucional, afianzada y establecida por la Ley de Carrera Administrativa, viene a colocarse en una condición o estado bastante inferior al que se tenía. La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público hace de todo funcionario del Estado, Entidades Federales, Municipios, Institutos Autónomos, empresas del Estado, etc., un presunto delincuente, dependiendo de la opinión de la Contraloría General de la República el ser sujeto pasivo de la responsabilidad llamada administrativa o ser perseguido por la justicia civil o convertirse en reo de la justicia penal.

2. En este orden de ideas entran en juego dos principios o garantías constitucionales:

a) En primer lugar la contenida en el ordinal 4º del artículo 60 de la Constitución Nacional, respecto al derecho inviolable de no ser obligado a prestar juramento o a *rendir declaración* o a reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo ni contra las personas con los cuales se tengan vínculos de parentesco en los límites señalados en dicha norma.

En el caso concreto de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, la circunstancia de ser constreñido, mediante multas que son convertibles en arresto, en reconocer responsabilidad contra uno mismo, es evidentemente violatorio de ese derecho y de esa garantía constitucional.

b) Si a todo lo expuesto se añaden las sanciones que castigan los ilícitos previstos en la Ley de Salvaguarda, los deberes de los funciona-

rios o empleados públicos aumentan en forma desproporcionada, sin correspondientes de ninguna clase y las sanciones establecidas para tales ilícitos prácticamente anulan y eliminan los derechos que otras leyes anteriores habían consolidado para los propios funcionarios públicos.

c) Si se agrega a lo anterior que muchas personas se encuentran prestando labores en empresas del Estado y nunca han sido consideradas como empleados o funcionarios públicos, sino sometidos a un régimen de derecho privado, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público viene a alterar radicalmente las condiciones de trabajo, surtiendo efectos retroactivos sobre negocios jurídicos privados realizados bajo el imperio de leyes anteriores, lo que configura una violación al artículo 44 de la Constitución.

3. Para concluir queremos referirnos a algunas expresiones doctrinarias modernas, en lo que el Derecho Público y Derecho Constitucional moderno han sido llamadas las libertades negativas.

“El reconocimiento jurídico de las libertades y la consecuente auto-limitación del Estado, señala el paso del Estado absoluto al Estado de Derecho y la conquista de la cualidad de ciudadano por parte de quien era antes considerado sólo como súbdito. Así que el mero reconocimiento de algunas libertades no es suficiente todas las veces, cuando a aquel reconocimiento no se acompañe una serie completa de garantías destinadas a establecer límites insalvables a la actividad del Estado. Una primera forma de garantía, prevista en las constituciones del siglo pasado, fue la llamada «reserva de ley», la que debía proteger y asegurar al ciudadano contra el arbitrio del Poder Ejecutivo.

“Poco después se llega al convencimiento que esa garantía era sólo aparente porque dejaba al legislador ordinario, como árbitro, en su absoluta discrecionalidad, de la posibilidad de determinar dentro de qué límites las libertades eran reconocidas y podían ser ejercidas. Así que las libertades terminaban por ser —aunque constitucionalmente garantizadas— simples enunciaciones que podían ser comprimidas a discreción por el legislador, o lo que es lo mismo, por las fuerzas político-sociales dominantes”.¹²

Los “padres” de la Constitución vigente en Venezuela, se sienten profundamente orgullosos de la obra que han engendrado. Esos “poderes” constitucionales han gobernado al país durante más tiempo que la

12. El párrafo anterior es una traducción libre de un pasaje de la obra de Martines, Temistocle: *Diritto Costituzionale*; Milano, 1978, pp. 530 y ss.

vigencia de la propia Constitución y no han sentido los defectos que nosotros los gobernados notamos con tanta facilidad.

En las constituciones modernas se hace necesario en las enunciaciones de las libertades, no conformarse con un contenido genérico, sino establecer una disciplina minuciosa y puntual de las materias reservadas al legislador; esto es, estableciendo "reservas de ley" reforzadas, que establezcan límites precisos a la intervención del legislador, de modo que las libertades constitucionalmente garantizadas, sean elevadas así al rango de derechos inviolables o derechos absolutos.

Eso esperamos de nuestros futuros constituyentes.

COSTOS Y BENEFICIOS POLITICOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

HUMBERTO NJAIM

SUMARIO

Objetivo del trabajo. Una objeción preliminar. Un supuesto fundamental. La cuestión de legitimidad. El clientelismo. El dilema del prisionero. Costos relacionados con el funcionario público. Costos en cuanto a nuevas tensiones en el sistema estatal. Costos de aplicación judicial. Costos en cuanto al sistema de partidos. Conclusiones.

OBJETIVO DEL TRABAJO

El objetivo de este trabajo es aplicar al análisis de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público una perspectiva consciente del hecho de que no existen medidas políticas o legislativas perfectas¹ sino que todas implican aspectos positivos y negativos y que cuando una de ellas se adopta es porque se supone que los primeros superan, en forma significativa, a los segundos. En realidad, el enfoque de costos y beneficios exige una cuantificación estricta de los mismos, lo cual es altamente problemático y podría decirse que imposible si hablamos de costos y beneficios *políticos*. En tal sentido podríamos habernos referido en forma más tradicional, a *ventajas y desventajas*. Sin embargo, pre-

* Este trabajo fue publicado en la edición de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos N° 2, Caracas, 1983, pp. 145 a 176.

1. Es frecuente, en nuestro país, presentar las decisiones sólo desde el punto de vista de las ventajas o de las desventajas. Esto es ideología en el más estricto sentido de la palabra. La consecuencia es que ni se razonan las apologías, ni se fundamentan las críticas, con grave daño para la formación de las políticas públicas.

ferimos correr el riesgo de usar la terminología adoptada en el título de esta exposición como un compromiso a mantener una cierta rigurosidad, análoga al menos, a la del enfoque que nos sirve de inspiración. El resultado que se obtenga de semejantes disquisiciones será extremadamente discutible dado lo difícilmente cuantificable de la materia, pero no obstante ello, en el momento de tomar una decisión racional, todos realizamos unas sencillas sumas y restas de ventajas y desventajas. La posibilidad de una discusión más objetiva sobre tales cálculos se facilitaría si se tuviera la audacia y al mismo tiempo la modestia de tratar de hacerlos explícitos en forma cuasiaritmética. Esto es lo que perseguimos en este trabajo: nos colocamos en la perspectiva de un ente global, el sistema político venezolano, y que ha tomado una decisión trascendental: la LOSPP, y tratamos de explorar metódicamente aspectos positivos y negativos de tal decisión en el campo político.

UNA OBJECION PRELIMINAR

Puede objetarse, en forma plenamente justificada a nuestro modo de ver, que una reflexión de este tipo hubiera sido más útil en la etapa de elaboración de la ley. O cuando ésta hubiera tenido un período de aplicación suficiente como para ser evaluada. En el actual momento de *vacatio legis* nos encontramos en la situación de que ya es demasiado tarde para aspirar a modificarla y demasiado temprano como para que lo que podamos decir no sea tachado de ejercicio meramente especulativo.

Sin embargo, el esfuerzo no sería estéril si se toma como un intento de presentar un tipo de modelo, no muy frecuente en el país, que sepamos, para meditar sobre las repercusiones de una ley, o una medida de política pública en general, que podría ser tenido en cuenta, como guía, al elaborar otras leyes en el futuro.

Por otra parte, si partimos de la idea de que leyes como la que discutimos no deben ser tomadas como códigos impercederos sino que, por su misma naturaleza, requerirán de reforma al cabo de unos cuantos años, reflexiones anticipadoras sobre la misma ofrecen la posibilidad de contrastes que permitan apreciar mejor lo que haya sido su realidad y pueden, eventualmente, reforzar o desalentar argumentos para su cambio.

UN SUPUESTO FUNDAMENTAL

Antes de seguir adelante es necesario aclarar, además, que las consideraciones que siguen se basan en el supuesto fundamental de

que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público va a tener una aplicación real. Quien piense lo contrario no ha tomado conciencia del paso tan decisivo que esta ley significa en el sistema democrático venezolano o no se ha tomado el trabajo de leerla y de asombrarse ante el denso entramado de precaución jurídica con que se ha tratado de crear un instrumento efectivo en la lucha contra la corrupción.

Por una parte la ley responde, como tendremos oportunidad de señalarlo también más adelante, a una situación percibida por la élite política como una grave amenaza al sistema y resultaría un lujo muy caro no aplicarla. Por la otra, buena parte de su ejecución ha sido confiada a un organismo como la Contraloría, que tanto por su posición dentro del sistema institucional venezolano como por los medios a su alcance, está en mejores condiciones para ello que la desaparecida Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito.

La suma de funciones y poderes que la ley atribuye a la Contraloría es realmente impresionante. Todo lo relacionado con las declaraciones juradas de patrimonio (Título III: el más largo de la ley después del que se refiere a los tipos delictivos), instrumento fundamental de control, está centralizado en ella; tiene el poder de señalar excepciones a la obligación de presentar declaración jurada o, no obstante, exigir las (Art. 7º); investigar fondos en el exterior (Art. 22, numeral 7); pero, además, se la dota de instrumentos de sanción muy eficaces como es la posibilidad de retener el pago de remuneraciones en caso de que no se la presente (Art. 10), y de imponer multas (Art. 19) por su no presentación. Incluso se crea un tipo delictivo (Art. 73) por falseamiento u ocultación de datos en la declaración jurada.

La Contraloría es órgano jurisdiccional en todo lo relativo a la responsabilidad administrativa en base a un Título muy detallado (IV), que sufrió una importante reestructuración después del nuevo trabajo legislativo a que dieron lugar las objeciones del Presidente de la República, y es órgano instructor en todo lo referente a las responsabilidades penal y civil que se hacen efectivas por el Fiscal General de la República ante los tribunales de salvaguarda del patrimonio público. Puede decirse que un porcentaje realmente notable de las disposiciones de la Ley está destinado a regular sus atribuciones y no sólo el Título III ("De las atribuciones y deberes de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público").

Desde un punto de vista de sociología administrativa, es mucho más eficaz conferir esta suma de facultades a un órgano unipersonal,

cuyos lapsos de nombramiento se cumplen con bastante puntualidad, cuyo titular es ya tradición que sea un independiente o hasta un miembro de la oposición, y que ha desarrollado una cierta tradición de estabilidad y carrera administrativa, que a un ente colegiado difícil de lograr un acuerdo para su composición, sin una posición prominente como la de la Contraloría y, en los últimos tiempos, políticamente aislado. Igualmente estéril habría sido establecer un conjunto de sanciones y penalidades sin instrumentos administrativos que les sirvieran de soporte.

LA CUESTION DE LEGITIMIDAD

Una vez hechas las consideraciones previas anteriores, nos toca entrar en el núcleo de nuestro tema. El análisis de costos y beneficios nos plantea llegar a alguna conclusión en lo referente a la ecuación

$$\text{beneficios} - \text{costos} = x.$$

En forma prescriptiva el enfoque nos plantea que una medida debe ser tomada si y sólo si.

$$\text{beneficios} - \text{costos} > 0$$

En particular, en nuestro caso,

$$\text{beneficios políticos} - \text{costos políticos} > 0$$

Pero tratándose de medidas de regulación con un alto contenido sancionatorio y punitivo, como en este caso, es necesario tener en cuenta también, los costos de aplicación,² con lo que,

$$\text{sanción de la ley} \overset{3}{\longleftrightarrow} \text{beneficios políticos} - \text{costos políticos} - \text{costos políticos de aplicación} > 0$$

De la finalidad represiva de la ley se deduce además que los beneficios han de concebirse fundamentalmente como supresión de los costos que la situación que intenta reprimirse trae consigo.

Sentado lo precedente, podemos entrar a señalar como primer beneficio político de la ley que ésta, indudablemente, viene a ser respuesta

2. Buena parte de la argumentación de este trabajo se inspira en Riker y Ordeshook 1973, *An Introduction to Positive Political Theory*, cap. 10.

3. $\longleftrightarrow =$ 'si y sólo si'.

a una cuestión básica de legitimidad planteada en el sistema político venezolano y percibida agudamente por la élite política. El Presidente de la Cámara de Diputados fue muy expresivo cuando al clausurar el último período de sesiones de la Cámara señaló que la ley:

'hará aún más legítimo y sólido el sistema democrático'.

Este beneficio es lo suficientemente importante para inclinar la balanza a favor de la ley en una magnitud que no sabríamos medir pero que intuimos decisiva.

En la historia de la toma de conciencia sobre el problema de la corrupción administrativa desde 1958 en adelante, podríamos distinguir dos grandes etapas. En la primera se piensa, ingenuamente, que una diferencia fundamental entre la democracia y la dictadura es que en la primera no se da la deshonestidad administrativa que campea en la segunda.⁴ Así los vuelcos hacia la democracia tanto en el 36, como en el 45 como en el 58 tuvieron un fuerte contenido moralizante y estuvieron signados por acusaciones de peculado e importantes expropiaciones de bienes.

En una etapa subsiguiente se multiplican las voces que alertan sobre la existencia y los peligros de la corrupción. Con el *boom* de los precios del petróleo y la plétora fiscal, los casos son cada vez más escandalosos. A fines de 1974 se produce un sonado debate sobre la corrupción administrativa en la Cámara de Diputados. Quienes tienen más visión no pueden menos que advertir la incongruencia que esto implica para un régimen que fundamenta gran parte de sus pretensiones de legitimidad en la honestidad pública, hasta el punto de que la primera enmienda de su Constitución es para impedir que el ex dictador, condenado por peculado, llegue a ser Senador. Y detrás de estas inquietudes está siempre el fantasma de un golpe de estado que encuentre su mejor justificación en el fracaso de la lucha contra el enriquecimiento indebido.

En realidad, no contamos con datos suficientes que nos permitan concluir cuáles son las verdaderas actitudes de la masa del pueblo frente al fenómeno de la corrupción, pero sí podemos afirmar con certidumbre que, a partir, por lo menos, de 1974, la demanda orientada

4. Para muestra un botón: en la exposición de motivos de la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, se alega que la rebaja de alquileres que los proyectistas proponen no afectaría a las regulaciones hechas por el gobierno constitucional, por cuanto no existirían las corruptas prácticas que caracterizaron a la dictadura. El mismo espíritu, de que en democracia no hay corrupción, estuvo también presente en las discusiones legislativas.

a tomar medidas radicales contra ella es unánime entre los sectores dirigentes. Y así llegamos a la tercera etapa que, a nuestro modo de ver, se inaugura con la Ley de Salvaguarda.

EL CLIENTELISMO

Pero, al mismo tiempo que comprobamos los beneficios que, en cuanto a legitimidad, implica la ley, el análisis político nos lleva a plantearnos en forma descarnada que debe haber un cierto orden de cosas establecido y unas ciertas ventajas derivadas de él para las cuales la Ley constituye, al menos, una amenaza. La supresión de estas ventajas representarían así costos de la ley para el sistema.

En efecto, así como la corrupción puede considerarse como un atentado contra la estabilidad de un sistema, a la inversa, ciertas situaciones que la propician aunque no necesariamente se reduzcan a ella, pueden haber sido factores de su estabilidad. Esto rige especialmente en etapas de escaso desarrollo institucional, cuando a las exigencias impersonales y generales de las leyes se superponen y hasta las sustituyen aquellas que se derivan de lealtades personales o grupales.

Una manera cómoda, y a veces bastante imprecisa de referirse a este fenómeno es el empleo del término 'clientelismo'.

En ciencia política se habla del clientelismo como un vínculo de lealtad personal o grupal que sustituye o se superpone a las exigencias y requerimientos de tipo impersonal y objetivo —*sine ira et studio*— del ordenamiento jurídico y que contribuye a fortalecer a los partidos políticos como los factores decisivos de poder en el sistema.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público constituye un intento de ataque frontal a la fortaleza del clientelismo como podemos comprobarlo en la confrontación de alguno de sus rasgos más importantes con las medidas que la ley prevé.

*La red clientelar se extiende por toda la administración pública y ello es particularmente grave cuando el Estado no es un simple Estado gendarme sino que pretende ser Estado Social de Derecho, prestador de servicios y gestor y gerente económico.

La ley hace frente a esta realidad con el Art. 2º que es producto de una interesante evolución que va desde el Art. 236 del Código Penal el cual, como es natural dada la época de su elaboración, no incluía a los Directores y Administradores de empresas con un aporte público a su capital igual o mayor al 50 por ciento, entre los funciona-

rios públicos, pasando por la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito en que ya está presente esta realidad pero en que el énfasis no es la composición del capital sino la designación por el Estado de dichos directores y administradores.

Le hace frente también con la drástica reducción de los exceptuados de declaración jurada de patrimonio. Si en el Art. 5º de la LCEI todavía se incluían como exceptuados a los jefes de servicio, oficiales, escribientes y empleados que ejercieran cargos manuales; las clases y números de los Cuerpos de Policía y Seguridad; las primeras autoridades civiles de municipio o parroquia y los jueces de distrito, nada de esto figura en la LOSPP. Especialmente significativa es la evolución respecto al servicio exterior, si antes entre los que ejercían funciones eventuales, interinas o transitorias, estaban exceptuados aquellos que prestaban servicios en el exterior en misiones especiales, políticas o culturales no mayores de tres meses ahora es exactamente al revés: son ellos, entre los que ejercen funciones eventuales, los que no están exceptuados.

*La red clientelar no sólo abarca funcionarios públicos: una de las afirmaciones que se han hecho más insistentemente en las campañas contra la corrupción es que el fenómeno ha de verse no sólo desde el punto de vista del corrupto sino de quien corrompe. También es tema de sabiduría popular que cada gobierno de partido tiene, por ejemplo, sus contratistas favoritos en el amplio campo de actividades que abarca el 'Estado Social de Derecho'.

La LOSPP intenta desarticular tal red paraadministrativa de diversas maneras:

* En el curso de investigaciones que realicen la Contraloría o el tribunal competente, se les podrá exigir declaración jurada de patrimonio a quienes 'ejecuten obras o suministren bienes o servicios' a las entidades públicas (Art. 14).

* Los mismos pueden ser investigados cuando, siendo personas jurídicas, participen en su capital funcionarios, directa o indirectamente (por interpuesta persona) (Art. 22, numeral 6).

* Son susceptibles de ser indiciados como incurso en enriquecimiento ilícito por actuación de oficio del Tribunal de Salvaguarda o a instancia del Contralor o Fiscal (Art. 45, numeral 2).

* Los corruptores están involucrados como corresponsables en forma expresa en varios tipos delictivos:

* Cuando haya utilización, con fines de lucro, de informaciones o datos de carácter reservado (Art. 63).

- * Cuando se dé retribuciones u otra utilidad por el ejercicio de funciones que no deba recibirlas (Art. 63). En este tipo resulta interesante la modificación que sufren los Arts. 200 y 201 del Código Penal, que establecen penas menores para el corruptor si no consigue su objeto. En la ley no se distingue tal supuesto.
- * Cuando se diere o prometiére dinero u otra utilidad para obtener empleos públicos, convenimiento en contratos, favorecer o perjudicar en juicios de cualquier tipo (Art. 67, aparte primero).
- * Cuando se diere dinero, ganancia o dádivas indebidas para obtener el favorecimiento en contrato, concesión, licitación pública o privada, liquidación de haberes o efectos del patrimonio público o suministro de los mismos (Art. 70).
- * Cuando cualquier ciudadano hiciere uso de documentos indebidamente expedidos por funcionarios (Art. 75).
- * Cuando se diere o prometiére dinero o cualquier otra utilidad a los que alardeen de valimiento o de relaciones de importancia o influencia con cualquier funcionario público. Esto ya formaba parte del Art. 233 del Código Penal, pero ahora la pena puede llegar hasta a dos años para quien promueva el valimiento (Art. 77).
- * Igualmente significativas son las disposiciones que sancionan a los profesionales de la salud que emitieren certificaciones falsas y a quienes las forjaren o provocaren (Art. 74).

* La red clientelar se refuerza por una serie de pequeños privilegios y corruptelas que conceden facilidades y aligeramiento de los trámites administrativos a quienes tienen acceso al grupo en el poder. En una de las disposiciones, a nuestro modo de ver, de más difícil aplicación de la ley se penalizan las 'palancas' y las 'recomendaciones'. Esto está comprendido en el ya citado Art. 72, cuando se castiga al funcionario público o a cualquier persona que haga uso indebido de la influencia o ascendencia que pudiera tener sobre algún funcionario público para que éste ordene o ejecute algún acto propio de sus funciones o para que lo omita, retarde o precipite (incluso cabría decir que este artículo penaliza un fenómeno tan difícil de controlar y tan omnipresente como es la presión).

En el Art. 71 numeral 5 se pena con uno a cinco años de prisión a quienquiera que utilice para fines particulares a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales afectados al patrimonio público.

* La red clientelar deriva su fuerza y hasta su justificación, para la conciencia de implicados y beneficiados, en que la distracción de bienes públicos se hace muchas veces para beneficio exclusivo del partido o hasta de la fracción del partido al cual pertenece el funcionario. Este es

un fantasma que recorre buena parte de los delitos definidos en el título VI de la ley:

- * Art. 62. Utilizar información de carácter reservado para sí o *para otro*.
- * Art. 65. Recibir para sí mismo o *para otro* o aceptar promesas de retribuciones u otra utilidad.
- * Art. 67. Recibir o hacerse prometer dinero u otra utilidad por hacer, retardar u omitir algún acto, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o *para otro*.
- * Art. 70. El acuerdo para otorgar a alguna de las partes decisión favorable en el otorgamiento de licitaciones, etc., se agrava como delito si tuviera por objeto lograr dinero, dádiva o ganancias indebidas para el mismo funcionario o *para un tercero*.
- * Art. 72. Obtener ventaja por aprovechamiento de funciones o por uso de influencias derivadas de las mismas para sí o *para un tercero*.
- * Art. 75. La expedición indebida de licencias, certificaciones, pasaportes, visas, permisos de residencias, etc., mediante recompensa o dádiva para sí o *para otro*.
- * Art. 79. Abrir el funcionario cuenta bancaria con fondos públicos a su nombre o *al de un tercero*.

Así por lo menos en 7 tipos delictivos está presente un "altruismo" que la ley pena. No es difícil imaginarse quién es este *alter*, que ronda en muchos casos de corrupción administrativa, ya sea como beneficiario aparente o real de los mismos.

EL DILEMA DEL PRISIONERO Y LA SELECCION ADVERSA

En estos 25 años de democracia, cada vez más ha crecido la conciencia de que los beneficios, que se derivan de esta situación, son suicidas. A costa de ventajas a corto plazo en la lucha política se arriesga la existencia misma del sistema. Pero nadie, en el fondo, está dispuesto a renunciar a ellas mientras no esté seguro de que todos lo hacen al mismo tiempo.

Por otra parte, no es deleznable el que hay una seria pérdida de recursos que podrían utilizarse en obras y servicios de utilidad general. Aquí nos gustaría que no nos quedáramos en vagas generalidades y tratar de hacer un estimado así sea crudo y muy sujeto a críticas de la magnitud dineraria de la corrupción. Para ello utilizaremos los datos de la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito, según la cual el monto del enriquecimiento demostrado de personeros de la dictadura fue de 195.535.075 Bs. Por otra parte, el gasto público de 1949

a 1957 alcanzó la suma de 24.449 millones de Bs.⁵ (véase Cuadro 1). Si hacemos los cálculos correspondientes encontramos que esto equivale al 0,80 por ciento de los gastos de aquella época. Si dejamos a un lado la idea romántica de que en la democracia no puede ocurrir lo mismo que en la dictadura, este porcentaje nos puede servir como un tosco indicador para formarnos una idea del monto que puede alcanzar la corrupción. Modestamente podríamos elevarlo a un 1 por ciento, y creemos que nos quedamos cortos, para tratar de abarcar los casos no susceptibles de ser comprobados. Aplicando esto a un gasto de la democracia de 683.530,5 millones de bolívares, nos encontramos con un monto hipotético de casi 7.000 millones en dineros desviados de sus legítimos fines.⁶

Para darnos una idea de esta suma podríamos pensar, por ejemplo, que con ella hubiera sido posible construir cómodamente, un metro como el actual de Pro-Patria a La Hoyada.

Un cálculo elemental de supervivencia lleva a pensar que en los tiempos de austeridad que se encuentran ya encima de nosotros las gentes no serán tan tolerantes como hasta ahora a la danza de millones que se evaporan con la corrupción y que podrían haber sido aplicados a fines de beneficio colectivo.

Por otra parte, poniendo a las razones de legitimidad de lado, no es tan cierto que los partidos resulten al cabo tan beneficiados, ni siquiera a corto plazo. Uno de los inconvenientes de la degradación de un sistema moral proclamado formalmente es que, quienes por una u otra causa lo propician se ven ante la situación de que son determinados individuos muy hábiles los que obtienen la mayor ganancia, pero con la particularidad de que un elemento esencial de su viveza es saberse vender como

5. Declaraciones de Rómulo Henríquez [padre], presidente de la CIEI, *El Nacional*. Caracas, 10 de febrero de 1975.

6. Esta cifra resulta, si acaso, timorata, porque no toma en cuenta el gasto consolidado ni el lucro cesante para el Estado. Para ilustrar cada uno de tales aspectos tomemos dos ejemplos de los puertos del país. Según el Director del Instituto Nacional de Puertos (*El Nacional*. Caracas, 8-11-82. Reportaje de Luis Buitrago Segura, p. C3), para 1979 se pagaban 3 millones de Bs. cada semana por reposos; ahora bien, según los *standards* internacionales el porcentaje normal de obreros en reposo no debería llegar al 4 por ciento del personal. Supongamos que, dada las condiciones venezolanas, este porcentaje fuere un poco más elevado, digamos el 5 por ciento, a falta de datos sobre el personal total apliquemos este 5 por ciento de la suma de 3.000.000. Esto es igual a 150.000. Restemos esto de los 3 millones y obtenemos 2 millones 850 mil, que si lo multiplicamos por 52 semanas del año nos da 148.200.000 bolívares, como una suma pagada indebidamente por el Estado en un solo año.

En otra noticia el Director de la Aduana marítima de La Guaira informa (*Ibidem*, 14-1-83, p. D11) que gracias al mejoramiento de los controles contra fraudes, en 1982 se recaudaron 2.791 millones de bolívares, más de 250 millones de bolívares frente a 1981, a pesar de haber disminuido el tonelaje manejado en más de 300 mil toneladas.

CUADRO 1
GASTO PUBLICO DE 1949 A 1981
(Millones de Bs.)

<i>Epoca de la dictadura *</i>		<i>Epoca democrática</i>	
1949	1.995,1	1958	6.259,7
1950	2.073,5	1959	6.313,9
1951	2.294,3	1960	6.147,2
1952	2.383,6	1961	7.075,2
1953	2.404,5	1962	6.553,0
1954	2.592,0	1963	6.663,0
1955	2.983,2	1964	7.202,0
1956	3.347,7	1965	7.587,0
1957	4.375,5	1966	8.019,0
		1967	8.754,0
		1968	9.278,0
		1969	10.175,5
		1970	10.296,1
		1971	12.768,0
		1972	13.748,4
		1973	14.872,0
		1974	42.513,5
		1975	39.878,0
		1976	44.571,0
		1977	50.693,5
		1978	51.212,7
		1979	50.958,1
		1980	72.868,6
		1981	93.962,1
		1982	96.966,0
Total	24.449,4		683.530,5

* No se incluye el año 48, por haber sido el golpe a finales del año.

FUENTES: Dictadura, datos compilados por E. Guerón. Democracia, Mensajes Presidenciales, 1982, datos del BCV suministrados a la prensa.

benefactores de una causa más grande que su mezquino interés egoísta. Para nosotros es evidente que la LOSPP es una decisión radical de poner fin a semejante chantaje.

En esta situación, que nadie en particular ha generado y en la cual todos, sin embargo, son responsables, aunque la colectividad y el prestigio del sistema sufren daños irreparables, ninguno de los actores quiere iniciar por su cuenta una lucha efectiva contra la corrupción en sus propias filas. Teme, en efecto, que el adversario pueda limitarse a la cómoda posición de verlo debilitarse sin hacer nada por su parte. Se trata de un *impasse* típico muy estudiado en diferentes ciencias sociales y conocido como el dilema del prisionero en que solamente una acción conjunta podría dar resultado y, a menudo, ésta debe ser impuesta. Podemos así ver, en concreto, a la Ley de Salvaguarda como uno de los posibles intentos por romper este dilema en que se ha debatido la discusión sobre la corrupción administrativa en los últimos años. Y considerar entonces como uno de sus beneficios la ruptura de tal dilema con todas las consecuencias que ello implique. De ahora en adelante la condición es la misma para todos y nadie puede alegar que el otro escapa a las limitaciones que a todos se imponen por igual.

Estrechamente vinculado a lo anterior están los beneficios que pueden derivarse de la ley para detener un proceso de degradación general de la administración pública que podría agruparse bajo otro concepto muy útil de la ciencia social como es el de la selección adversa.

Desde un punto de vista económico, la corrupción supone una tarifa oculta que eleva en una magnitud incierta el precio de todos los servicios y prestaciones del Estado. Esto tiene dos consecuencias muy importantes y devastadoras. Una de ellas es que ante la incertidumbre que significa toda diligencia con los despachos oficiales, se desarrolla una periferia de gestores e intermediarios que contribuyen a elevar aún más los costos para la ciudadanía. La otra es que las conductas honestas y legalmente requeridas tienden a desaparecer por el ambiente adverso que las rodea. La medida que estamos estudiando toma el único camino que probablemente puede tomar una ley creando una tupida urdimbre de tipos delictivos y haciendo más rigurosas las penalidades y sanciones. Así el título sobre tipos delictivos es, como hemos dicho anteriormente, el más extenso de la ley. Las consecuencias políticas de esto están estrechamente ligadas a una incógnita como es la verdadera actitud del grueso de la población frente a la deshonestidad administrativa. Si la indignación de los sectores dirigentes expresada, por ejem-

plo, a través de esta ley y las frecuentes declaraciones en los medios de comunicación, ha descendido hasta la generalidad, se podrá comprobar un vasto movimiento alimentado por las denuncias de los usuarios. Si esto no es así, y nos inclinamos a opinar más bien en tal sentido, la acción correctora de la ley se manifestará a más largo plazo a través de la acción de los órganos encargados de su ejecución. En consecuencia se harán sentir, también a más largo plazo, los apoyos y satisfacciones con el sistema derivados de la sensación de estar tratando con un aparato administrativo que no depara sorpresas desagradables para el patrimonio de la gente.

Hagamos un alto aquí, antes de seguir adelante, para ver los elementos que hemos ido incorporando a nuestra ecuación de costos y beneficios:

$$\begin{array}{l} \text{Beneficios} \\ \text{en cuanto a} \\ \text{legitimidad} \end{array} + \begin{array}{l} \text{beneficios por} \\ \text{ruptura del} \\ \text{dilema del} \\ \text{prisionero} \end{array} + \begin{array}{l} \text{beneficios por} \\ \text{reducción de la} \\ \text{tendencia a la} \\ \text{selección adversa} \end{array}$$

Como los beneficios en el último de los aspectos anteriores los hemos planteado en cuanto a sus repercusiones sobre los apoyos al sistema, lo cual constituye un refuerzo a su legitimidad, los elementos anteriores quedan reducidos a dos:

$$\begin{array}{l} \text{beneficios en cuanto} \\ \text{a legitimidad} \end{array} + \begin{array}{l} \text{beneficios por ruptura del} \\ \text{dilema del prisionero} \end{array}$$

Nos toca ahora examinar los costos. A este respecto distinguiremos lo siguiente:

- Costos relacionados con el funcionariado público
- Costos en cuanto a nuevas tensiones en el sistema estatal.
- Costos de aplicación judicial.
- Costos en cuanto al sistema de partidos.

COSTOS RELACIONADOS CON EL FUNCIONARIADO PUBLICO

Una de las consecuencias previsibles de esta ley es que, de ahora en adelante, quien por alguna razón, tenga planteado su ingreso a la administración pública deberá meditar muy bien el paso que va a dar.

Ello deberá ser, indudablemente, el fruto de una decisión madura que tenga en cuenta que la responsabilidad administrativa y penal en que pueda incurrir han sido detalladamente reguladas; que en el caso de responsabilidad administrativa no sólo responde por sus actos sino también por sus omisiones (Art. 32), incluso por violaciones no expresamente previstas en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (Art. 42), que existe un Art. 41 que norma 9 supuestos que van desde el arriendo o utilización de vehículos y materiales, pasando por las erogaciones de escritorio y papelería, hasta el dejar deteriorar materiales y equipos, y que estos nueve supuestos requieren para su aplicación el interpretar otros tantos términos como 'servicios estrictamente necesarios' (numeral 3), 'necesidades estrictamente protocolares' (numeral 5), 'negligencia' (numeral 8), 'erogaciones excesivas' (numeral 6), 'uso normal' (numeral 9), etc.; ha de tener presente que si tales infracciones dan lugar a la sospecha de su lucro, ellas están contempladas como delitos penales en el Art. 78, numeral 1 de la ley y que puede estar sujeto, por lo tanto, a juicio penal; ha de meditar además, que incurrir en gastos no presupuestados, 'aun en beneficio público', no sólo compromete su responsabilidad administrativa sino que también es delito (Arts. 60 y 61). En un medio social en que los medios de comunicación contribuyen a identificar indiciado con culpable, se expone a que la declaratoria de no haber incurrido en responsabilidad administrativa (Art. 51) no sea 'suficiente reivindicación frente al auto público motivado por el cual la Contraloría haya ordenado que se le investigue (Art. 48). Tampoco contribuirá mucho a alentarle que frente a 22 artículos que regulan su responsabilidad penal, y que incluyen muchos más supuestos delictivos, uno sólo pena las denuncias falsas o maliciosas.

Por otra parte, ha de saber que si es reo de delito contra la cosa pública no podrá gozar de beneficios como la libertad provisional (Art. 103), que en caso que le corresponda pena de multa ésta no sustituye la privación de libertad y en caso de que no pueda pagar la multa la decisión del tribunal no tomará en cuenta su robustez o debilidad ni que la conversión no puede exceder de 6 meses, ni que le pueda ser conmutada por apercibimiento o amonestación, etc. (Art. 106, Arts. 50 y 51 del Código Penal). Además, la consecuente inhabilitación para cargos políticos y administrativos ya no puede ser decidida como en la LCEI por el Juez sobre un lapso de 1 a 5 años, sino que se aplica necesariamente por un tiempo igual al de la condena una vez que se cumpla (Art. 104).

Esto puede conllevar grandes costos en cuanto a reclutamiento administrativo especialmente para cargos de decisión y responsabilidad. Paradójicamente puede convertirse en un disuasivo para quienes tengan más capacidad de responsabilidad y decisión sin que necesariamente evite el ingreso de aquellos que estén dispuestos a delinquir a toda costa.

Supongamos, sin embargo, que la aplicación de la ley sea tan estricta, que estos últimos queden reducidos a un porcentaje mínimo, todavía estaríamos arriesgando, sin embargo, que los funcionarios se caractericen más por su celo en evitar todo aquello que pueda acarrearles sanción que en conductas e iniciativas que dinamicen la administración. Especialmente en las empresas del Estado esto puede ser fatal y tener repercusiones políticas importantes.

Ante esta seria dificultad que presenta la ley, podemos plantearnos dos hipótesis. Que sea complementada con medidas de política pública que compensen sus efectos excesivamente disuasivos con estímulos e incentivos a los funcionarios honestos y emprendedores. O que simplemente se ponga todo el énfasis en su potencialidad punitiva y que los gobiernos se desentiendan de una u otra forma del problema.

En el primer caso habría que tener en cuenta que al convertir la función pública en un oficio tan riesgoso, es necesario proporcionar gratificaciones que la hagan atractiva. Por ejemplo, siempre se alega que la inmensa mayoría de los funcionarios públicos son honestos. Sin embargo, no se nota una acción persistente y coherente que en alguna forma premie la honestidad. Probablemente una de las causas de ello es que es más difícil recompensar a muchos y de menor impacto que castigar a unos pocos. Por otra parte, pequeños premios sin el castigo de grandes faltas resultan inocuos.

No obstante hay varias cosas que pueden decirse a tal respecto. La afirmación de que la mayoría de los funcionarios son honestos es bastante banal y poco útil en materia de diseñar una política positiva para incentivar la moral administrativa. Lo interesante es comprobar si tal afirmación es válida en aquellas posiciones que en una forma u otra tienen que ver con el manejo de fondos públicos. Como éstas no son sino una parte en el gran conjunto de los cargos administrativos, acciones estratégicas de estímulo dirigidas a las mismas podrían tener más efecto que una actuación indiscriminada hacia la 'inmensa mayoría de funcionarios honestos'.

En todo caso lo que hay que ofrecer a todos los funcionarios es que ya que son objeto de exigencias severas, disfruten como contrapartida una verdadera estabilidad. Por esto esta ley indudablemente hace ineludible una reforma de la de carrera administrativa.

Sin embargo, esto no solventa el problema del fomento de la iniciativa y el espíritu empresarial en el seno de la administración. Muy pronto y antes de esperar el proceso siempre laborioso y lento de la jurisprudencia, los gobiernos tendrían que diseñar modelos positivos de lo que esperan de sus ejecutivos y gerentes, un poco la labor que se les reclama a los pedagogos de que definan el tipo de hombre que quieren formar con el proceso educativo. Una parte importante de esta política sería prever y neutralizar las oposiciones que la ley va a generar.

La existencia o no de estas políticas atenúa o incrementa los costos de la ley en el ámbito señalado. Si toda queda librada al efecto represivo de la ley, las exigencias de la realidad terminarán por rebasarla, ya sea por vía de una parálisis generalizada de la administración, o por el desarrollo de nuevas formas de picardía que sobrepasarán todo cuanto podemos imaginarnos en la actualidad.

No puede dejar de reconocerse, sin embargo, que dado el tradicional descuido venezolano la LOSPP va a ser un sacudimiento beneficioso con disposiciones como las mencionadas sobre omisión y negligencia. Especialmente importante es el numeral 9 del Art. 41, que señala como incursos en responsabilidad administrativa a los que dejaren deteriorar equipos y materiales. Este énfasis es particularmente importante para áreas de la administración, donde es más seguro como criterio de eficiencia el gastar menos que el logro de objetivos a menudo imprecisos. Es de prever en este sentido, un auge de los sistemas de control y de oportunidades de empleo para contadores y auditores, pero sobre todo de abogados especializados que mantengan a los administradores al día de las últimas interpretaciones de la Contraloría y la Fiscalía y de la jurisprudencia de los tribunales de salvaguarda.

Recapitularemos el análisis de esta parte señalando como hemos agregado a nuestra ecuación de costos y beneficios los siguientes elementos:

beneficios derivados de la mejora de los sistemas de control de costos	—	Costos en cuanto a reclutamiento de personal para la administración pública	—	Costos en cuanto a eficiencia empresarial sin política de incentivos	ó	costos en cuanto a eficiencia empresarial con política compensatoria de incentivos
---	---	---	---	--	---	---

Hemos hablado al principio de los poderes y atribuciones confiados a la Contraloría. Desde un punto de vista político el realce que se le dé en facultades a un determinado órgano del Estado crea una serie de tensiones estructurales mientras se logra una nueva adaptación y equilibrio en el sistema que puede ser más o menos feliz, más o menos satisfactorio. En el entretanto se producen tensiones y fricciones, más o menos críticas, que pueden ser evaluadas como costos negativos.

En el caso del nuevo papel que gana la Contraloría nos parece advertir tres fuentes principales de estos costos:

* En las relaciones con el Ejecutivo: la Facultad de la Contraloría de fijar excepciones a la Declaración Jurada puede dar lugar a problemas en relación con los cuerpos de seguridad del Estado. La ley suprimió la excepción que estableció la LCEI respecto de las clases y números de tales cuerpos. Y el Presidente de la República solicitó infructuosamente una especie de vuelta a tal disposición. Por otra parte, dado el gran número de expresiones de contenido indeterminado y necesitadas de interpretación que figuran en la ley, las atribuciones interpretativas de la Contraloría (Art. 23) pueden obstaculizar políticas administrativas que puedan diseñarse, en el sentido indicado antes, para contrarrestar los efectos negativos que la ley vaya produciendo.

* En las relaciones con el legislativo existe todavía disputa sobre el sentido que ha de dársele a la expresión constitucional, según la cual la Contraloría es 'órgano auxiliar del Congreso'. Las divergencias entre Contralor y fracción política gobernante, encuentran con los nuevos poderes que se le otorgan ocasión mayor de manifestarse. Y en virtud de que el Contralor es nombrado por el Congreso, es en el Congreso que tiene que culminar cualquier lance como ocurrió en la crisis de 1976. Por otra parte, dado el papel aún más clave que adquiere la Contraloría, se hace más laboriosa la gestación de acuerdos para nombrar el Contralor y si no existen claras mayorías en el Congreso o hay divergencias serias entre las fuerzas políticas tal nombramiento puede postergarse, en forma inconveniente, fuera del lapso constitucional.

* Finalmente en las relaciones con los ciudadanos no es de descartar la problemática que se crea con la gran concentración de información sobre las vidas privadas de los mismos que, a través de las declaraciones juradas de patrimonio, se produce en la Contraloría. Como ha ocurrido en otros países, respecto de organismos que por razones tri-

butarias o de otra índole acumulan información similar, pueden producirse abusos y escándalos de diferente gravedad.

COSTOS DE APLICACION JUDICIAL

Al hablar de costos de aplicación judicial nos referimos a los que se originan tanto por los pronunciamientos de la Contraloría en lo relativo a la responsabilidad administrativa como a los de los tribunales de salvaguarda en cuanto a lo civil y penal.

Existe una forma de ver esto que sería muy útil y que es susceptible de una cuantificación muy precisa. Consistiría en determinar las cantidades que podrían recuperarse mediante la aplicación de la ley, y por contrapartida, los costos fijos y variables que comporta la reorganización de la Contraloría y la instalación de los nuevos tribunales que la ley crea. Este tipo de análisis no tiene por qué ser decisivo a la hora de tomar una resolución, pero sí debería constituir una de las etapas previas a la misma. Desgraciadamente no hemos advertido en la elaboración de la ley consideraciones de tal tipo. Ni siquiera el Ejecutivo, que posee los mayores medios de información, entró a hacer tales cálculos cuando planteó sus observaciones a la ley.

Sin embargo, como nuestro objetivo es la evaluación de costos *políticos*, tales estudios no son absolutamente imprescindibles aunque sí hubieran sido muy aclaradores. En efecto, lo que vamos a entender aquí por costos políticos, en el aspecto que nos ocupa, son los *stress* o tensiones del sistema que se originan por el régimen severo que el nuevo ordenamiento legal establece en materia de salvaguarda del patrimonio público.

Podemos medir operacionalmente tal severidad constatando el aumento que se produce en las diferentes probabilidades que van desde la denuncia hasta la sentencia.

Cada una de tales probabilidades las podemos desglosar de la manera siguiente:

* La probabilidad de ser denunciado: entenderemos por tal no sólo la denuncia propiamente dicha, o sea la denuncia por particulares, sino también la posibilidad de actuación *ex-officio* por los órganos facultados para ello. Lo expresaremos como:

Prob. [denunciado]

que se lee como probabilidad de ser denunciado.

* El siguiente paso de ser denunciado es ser enjuiciado o no. Entenderemos por enjuiciamiento, tanto el enjuiciamiento ante los tribunales como ante la Contraloría. Se trata de un hecho que depende o está condicionado por el hecho previo de haber sido denunciado. Lo expresamos, pues como

Prob. [enjuiciado | denunciado]

que se lee como probabilidad de ser enjuiciado dado que se sea denunciado.

* De entre los que son enjuiciados unos reciben sentencia absolutoria y otros son condenados. En rigor cabría distinguir una tercera posibilidad que serían las sentencias en que no se decide ni en un sentido ni en otro. Pero como veremos la ley trata de reducir esa posibilidad. A nuestros efectos nos concentraremos en la posibilidad de condenatoria y la expresaremos como:

Prob. [condenado | enjuiciado]

que se lee como probabilidad de ser enjuiciado dado que sea denunciado.

* Para medir la severidad de un régimen de castigos no es suficiente llegar hasta la probabilidad de condenatoria. Podría ocurrir teóricamente, que aunque se asegurara una alta posibilidad de ello, sin embargo, el sistema de atenuaciones y exoneraciones fuera muy generoso. Habría que distinguir, entonces, la

Prob. [penado | condenado]

que se lee como probabilidad de ser penado dado que se sea condenado.

* Finalmente, lo más importante desde un punto de vista de la recta administración de justicia (y para lo cual es un instrumento todo lo enunciado anteriormente: denuncia, juicio, sentencia y pena) es la probabilidad de que se condene a aquellos que sean verdaderamente culpables y se absuelva a aquellos que sean verdaderamente inocentes, o sea, viéndolo solamente en cuanto a los condenados, que la

Prob. [condenado | no culpable] = 0

y

Prob. [condenado | culpable] = 1

Desgraciadamente, dado que nuestra información es siempre imperfecta, lo anterior constituye un *desideratum* inalcanzable y los diferentes sistemas tratan de evitar dos tipos de imperfecciones posibles. O bien el número de culpables que es absuelto es excesivo o, por el contrario, lo es el de inocentes que es condenado. Nos encontramos, en la realidad, con el dilema de que si aumentamos la probabilidad de lo uno disminuimos la de lo otro y viceversa. Esto quiere decir que con cualquier sistema que ideemos siempre nos encontramos que junto con condenados que son inocentes existen los tipos intermedios que no están bien ubicados, ya porque siendo inocentes han sido catalogados como culpables o porque siendo culpables han sido catalogados como inocentes. Presentar esto en forma de gráfico ayuda a comprenderlo mejor.

GRÁFICO 1

	<i>Culpables</i>	<i>Inocentes</i> (<i>No culpables</i>)
Condenados	Verdaderos positivos	Falsos positivos
Absueltos (No condenados)	Falsos negativos	Verdaderos negativos

Este gráfico expresa el problema de los falsos positivos y los falsos negativos, de fundamental importancia en el análisis de toda política pública que implique un problema de selección. En nuestro tema son falsos positivos todos aquellos que han sido condenados siendo, en realidad, inocentes (no culpables) y falsos negativos todos aquellos que han sido absueltos siendo en realidad culpables. En nuestros procedimientos humanos siempre habrá algunos casos en ambas casillas, mientras que, Dios omnisciente, en el Juicio Final presentará ceros en ellas porque cada quien estará clasificado correctamente.

De cada una de las situaciones del gráfico anterior derivan costos y beneficios que tienen una vertiente política. Podríamos definir el impacto de la LOSPP diciendo que en un ambiente, percibido por los decisores del sistema político como de impunidad frente al fenómeno de la corrupción, se crea una nueva situación en que se aspira, y nosotros partimos del supuesto que se logrará llenar con cantidades im-

portantes el casillero de los verdaderos positivos. Esto se logra, entre otras cosas, con un aumento de las probabilidades que hemos descrito antes en forma general. Pero no hay que perder de vista las otras tres casillas y, tenerlo en cuenta nos permite analizar cuatro situaciones distintas y sus repercusiones desde el punto de vista de nuestro trabajo.

Pero antes de seguir adelante es preciso concretar un poco más lo que se ha dicho sobre el aumento de tales probabilidades. Sigamos para ello el orden descrito anteriormente en las páginas 52-53.

* *Prob. [denunciado]*: un indicio de la débil incidencia de denuncias en el ordenamiento anterior a la LOSPP nos lo puede dar el dato suministrado por integrantes de la Comisión de Quejas y Reclamos creada por Caldera,⁷ según los cuales, en todo el período de su funcionamiento, sobre 300.000 funcionarios medios se recibieron 6.000 denuncias, ello representa una Prob. de 2 por ciento, que se reduce grandemente si se tiene en cuenta que muchas de esas denuncias no serían relativas a corrupción. Podemos conjeturar además una actitud general de escepticismo ante la efectividad de las denuncias que se retroalimenta al comprobar que las mismas no tienen ningún efecto palpable. Es evidente que la LOSPP está dirigida a darle un vuelco a tales actitudes. La denuncia se facilita con la introducción de numerosos tipos delictivos, pero además con numerosas otras disposiciones como las facilidades que se dan a los organismos encargados de la aplicación de la ley, entre ellas la supresión del secreto de los archivos oficiales establecido en la Ley Orgánica de la Administración Central (Art. 49), la extensión a dos años del período —después de la cesación del cargo— dentro del cual se puede alegar el enriquecimiento ilícito (Art. 44), etc.

* *Prob. [enjuiciado|denunciado]*: en su escrito de objeciones a la Ley, citaba el Presidente datos de 1979 del Ministerio de Justicia, según los cuales de 418 denuncias ante la PTJ, sólo 246 habían sido remitidas a los tribunales. Esto da una Prob. [enjuiciado|denunciado] de 59 por ciento. El Presidente empleaba este dato, de pasada, para reforzar su oposición a que se creara una jurisdicción especial de salvaguarda. El Congreso desestimó tal oposición, pero a sus argumentos jurídicos hubiera podido agregar que al facilitar la ley todo lo referente a la persecución contra la corrupción aumentaría el trabajo de los tribunales y también por tal lado se justificaría la creación de instancias especiales. En particular podríamos referirnos aquí a disposiciones que

7. "Finiquito moral", *El Nacional*, Caracas, 30-11-75.

la LOSPP toma de la LCEI, pero que dentro de su contexto adquieren mayor efectividad, como es la de que las excepciones se sentencian al final y no como cuestión previa (Art. 96), y todo lo referente al juicio oral y a sus procedimientos expeditivos (Cap. II del Título VII), etc. En otro orden de ideas, es de particular trascendencia la disposición que elimina el antejuicio de mérito cuando el alto funcionario no desempeñe más el cargo (Art. 87, ap. único) y la que establece el período de prescripción del delito desde la fecha de cesación del cargo (Art. 102) y no de la comisión del delito.

* *Prob. [condenado|enjuiciado]*: en particular podemos mencionar aquí la no interrupción del juicio por ausencia que ya se encontraba en la LCEI e importantes disposiciones que facilitan el régimen de prueba como la de que la prueba testimonial será admitida como indicio aun cuando no sea confirmada en estrados (Art. 57) o la que deja al juez la posibilidad de apreciar, como prueba, fotografías y grabaciones (Art. 98).

* *Prob. [penado|condenado]*: podríamos concebir un régimen en el cual si bien se facilitan todos los medios procedimentales para llegar a una conclusión expedita, sin embargo, las atenuaciones y consideraciones de distinto tipo hacen más suave la sentencia. No es esta, sin embargo, la vía acogida por la LOSPP. Todo el esfuerzo plasmado en ella está dirigido a que quien sea encontrado culpable no quede impune. Ya hemos hablado de las disposiciones que acumulan privación de libertad a multa, la no posibilidad de conversión de la primera a la segunda sino viceversa y dentro de términos muy estrictos que derogan las liberalidades del Código Penal al respecto.

Analícemos ahora, como nos lo habíamos propuesto, la situación creada con la LOSPP en cada una de las cuatro casillas del gráfico anterior:

* Verdaderos positivos: la situación anterior en la cual había la tremenda sospecha social de que los implicados en la corrupción se escapaban, sobre todo los llamados 'peces gordos', se modifica radicalmente. De ahora en adelante puede asegurarse que tendrán que venir procesos sonados de corrupción que llegarán a su culminación final en un sentido esperado por la opinión pública. La casilla de los falsos positivos pasa de prácticamente 0 a una magnitud desconocida pero visible y reforzatoria de la legitimidad del sistema.

* Falsos negativos: esta magnitud disminuye, puesto que esto es precisamente lo que la ley trata de corregir. Lo que más abundaba eran

absueltos sobre los cuales no existía la convicción social de que realmente se merecían haber sido exonerados de culpa. Declaraciones como las del Presidente de la CIEI en 1975, según las cuales en la democracia se había progresado en el arte del encubrimiento de tal manera que era ínfimo el porcentaje de casos comprobados de enriquecimiento, no son sino un ejemplo entre una larga serie en el mismo sentido.

* Falsos positivos: sin embargo, la disminución de los falsos negativos se paga al precio, como hemos dicho, de un alto riesgo de inocentes declarados culpables. El caso extremo en esto es cuando se decretan medidas confiscatorias sin fórmula de juicio como ocurrió en 1936, se repitió en forma parecida en 1946, y se consagró en las disposiciones transitorias vigésima y vigesimaprimeras de la actual Constitución de 1961. En tal caso se crea una situación política delicada. A la oposición vehemente que siempre producen las cuestiones patrimoniales se agrega la fuerza que da el sentido de justicia lesionado. Sin embargo, no son comparables los casos mencionados con lo que es el fruto de una evolución institucional dentro de un mismo orden de cosas: dentro de la democracia, y no dentro del proceso de cambio de la dictadura a la democracia.

Pero, a pesar de ello no es descartable el problema de oposiciones que pueden ocurrir. Especialmente al principio puede presentarse un número más grande que lo normal de falsos positivos producto del descuido y el desconocimiento de la ley. En este sentido nos atreveríamos a afirmar que incluso entre la gran mayoría de los altos funcionarios de la administración pública, no se conoce muy bien la ley y no se ha tomado conciencia de sus implicaciones.

En una segunda etapa, aun producido el proceso de adaptación a la ley, y ya con un cuerpo de funcionarios duchos en lo que significa la misma, son previsibles, otro tipo de costos políticos. La visibilidad de las sentencias judiciales pronunciadas aunada al ambiente que puede crearse, y al cual hemos aludido arriba, más de temor de errar que de disposición positiva de actuar, pueden crear movimientos de protesta gremial. Estos serían tanto más fáciles cuanto que el cuerpo de funcionarios constituye una minoría relativa en la cual se concentran los perjuicios de la ley y que sería fácilmente movilizable. La forma que tomaría esta oposición sería una a la cual ha sido muy vulnerable el sistema político democrático: la LOSPP podría reforzar la tendencia a escapar al *status* de funcionario público por parte de aquellos sectores que tengan más capacidad de presión. Podría también generar tendencias a la creación de nuevas categorías que, por medios ingeniosos,

impusieran como una de sus demandas principales no estar sometidas a sus estrictas regulaciones.

* Verdaderos negativos: considerado, en abstracto, quien resulte absuelto, puede considerarse a sí mismo y por los demás como plenamente reivindicado. En efecto, ha pasado por unos filtros muy estrechos por los cuales muy pocos culpables pasarían. Sin embargo, puede ocurrir, paradójicamente, lo contrario: que los verdaderos negativos se sumen a la oposición de los falsos positivos alentada, interesadamente, por los verdaderos positivos. Esto puede suceder porque los mismos consideren que han sido sometidos a unas pruebas demasiado humillantes para poder demostrar su inocencia y que, dado el ambiente predominante en la opinión pública, una absolción no sea suficiente restauración social de su buen nombre.

COSTOS EN CUANTO AL SISTEMA DE PARTIDOS

Finalmente, algo de lo que podemos estar absolutamente seguros, aunque resulte difícil imaginarlo en sus líneas más precisas, son las repercusiones que esta ley va a tener sobre la maquinaria de los partidos. Si todo funciona como es de esperarse, puede predecirse una debilitación de las maquinarias partidistas. Y esto en dos direcciones complementarias. Por una parte, no pudiendo ofrecer protección a los corruptos, puesto que los partidos meritoriamente así lo han decidido, se harán menos atractivos para una vasta legión de pícaros que no obstante cuenta con votos y militancia. Por otra parte sus controles sobre los funcionarios, aun para cuestiones que no puedan calificarse propiamente como corrupción, se socavan en forma apreciable. De ahora en adelante cada quien sabe que no puede sino contar consigo mismo y su atenuamiento a los patrones de la ley y en la misma encontrará poderosos argumentos para oponerse a presiones ilegítimas. Realmente todos aquellos que hemos protestado la omnipresencia avasallante de los partidos estamos de plácemes con la LOSPP, aunque como científicos positivos debemos reconocer que las formas clientelares constituían un cierto patrón de orden cuyo debilitamiento puede traer una situación un poco anárquica y que en el corto plazo puede ser evaluada como costo. Ello puede llegar a ser tan agudo que no sería temerario prever movimientos raros para revertir la ley y que se complicarían con las diferentes luchas, que desde otras vertientes, ella va a generar.

CONCLUSION

La mejor forma de recapitular esta ponencia es presentar completos los factores que hemos discutido en ella.

Costos y beneficios políticos de LOSPP

=

Beneficios en cuanto a la legitimidad del sistema.

+

Beneficios por la eliminación de la tendencia a la selección adversa.

+

Posibilidad del empleo de los recursos desviados en obras de utilidad pública.

+

Supresión de beneficios que van a quienes se aprovechan de los partidos.

+

Beneficios por mejora de los sistemas de control de costos.

+

Beneficios por ruptura del dilema del prisionero.

—

Problemas creados por el socavamiento del sistema clientelar (debilitamiento de los partidos en su forma actual).

—

Generalización de una actitud de evitación del castigo en los funcionarios especialmente en las empresas del Estado.

—

Presiones para escapar al *status* de funcionario público.

—

Problemas por aumento de falsos positivos.

—

Tensiones y luchas suscitadas por el papel reforzado de la Contraloría en el sistema estatal.

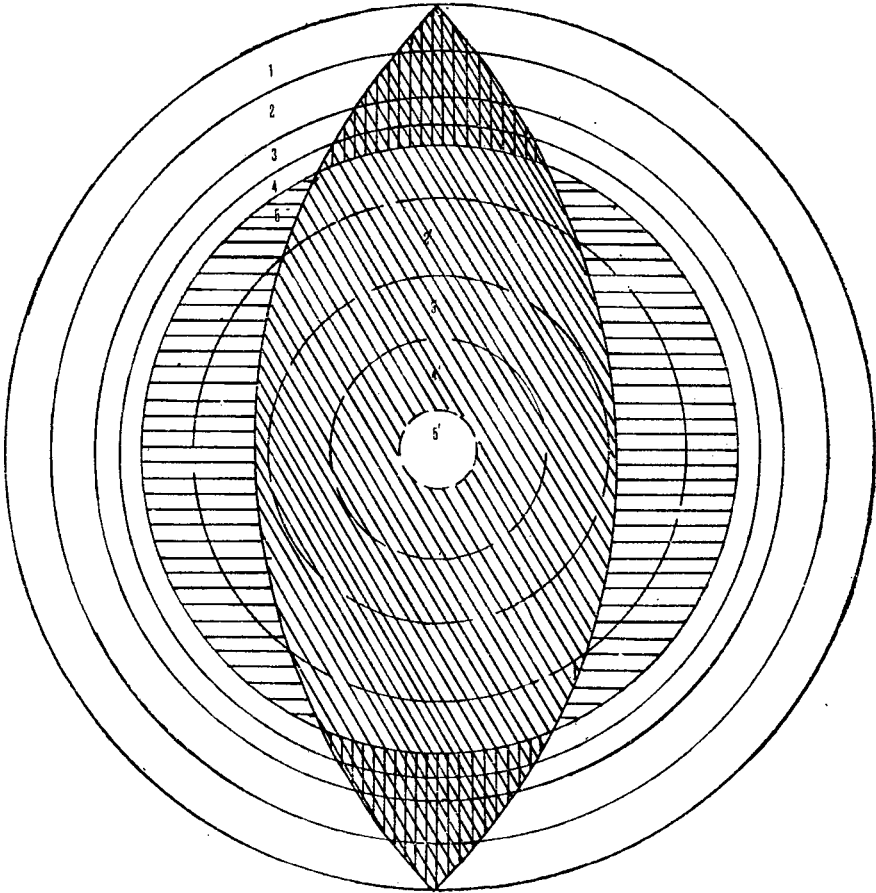
=

?

El signo de interrogación expresa nuestra cortesía para con el lector. En materia tan discutible no se puede pretender llegar más allá de presentar un criterio lo más ilustrado posible. Cada quien debe sentirse en libertad de aceptar o no lo planteado. Nuestro criterio no es probablemente tan entusiasta como el de los promotores de la LOSPP, pero es positivo. La ley cumple funciones importantes a corto y mediano plazo. A largo plazo es sabido que todos los costos y beneficios son variables. La realidad siempre nos sorprende con adaptaciones y transformaciones que superan la imaginación. El problema es más complejo de lo que podríamos abordar aquí. Pero sí quisiéramos señalar que tiene mucho que ver con la concepción que tengamos de las relaciones entre Estado y Sociedad. Y es una paradoja que podemos constatar todos los días que mientras el Estado más invade a la sociedad las formas de lucro e interés que se crearían peculiares de ella resurgen en esa forma, difusa y monstruosa cual una gigantesca ameba, que se ha dado en llamar corrupción.

APÉNDICE

ILUSTRACION GRAFICA DEL DILEMA: O FALSOS NEGATIVOS O FALSOS POSITIVOS



EXPLICACION DE LA FIGURA

La presente figura puede servir para ilustrar el dilema de la escogencia entre o disminuir falsos negativos y aumentar falsos positivos o disminuir falsos positivos y aumentar falsos negativos.

La figura está compuesta por 5 círculos concéntricos de líneas continuas y cuatro círculos concéntricos de líneas interrumpidas. Además podemos ver una figura elipsoidal que abarca áreas de todas las circunferencias trazadas.

El círculo más externo a todos los demás y que los abarca representaría el conjunto total de funcionarios públicos sometidos a la LOSPP.

Dentro de tal universo podemos plantearnos dos situaciones distintas. Una sería la anterior a la LOSPP y pretendemos representarla con los círculos de líneas interrumpidas. Supuestamente en tal situación muy pocos serían los funcionarios denunciados. Ello está representado con el primer círculo interrumpido numerado en su área con 2'. De éstos unos cuantos son enjuiciados (3), de ellos unos pocos sentenciados (4') y, finalmente muy pocos, o casi ninguno, condenados (5').

La figura elipsoidal mencionada arriba representaría los culpables de corrupción administrativa. Obsérvese cómo los finalmente condenados están plenamente en el área de culpabilidad (5'). Estos son los verdaderos positivos. Obsérvese, también, sin embargo, cómo escapa a las medidas punitivas toda la vasta región del área elipsoidal marcada con líneas diagonales. Estos son los falsos negativos. La no existencia de falsos positivos se paga al precio de la gran cantidad de culpables que escapan al sistema penal.

Ante esto se dictan medidas más severas (LOSPP), representadas por los círculos continuos. Ahora el círculo de los condenados se extiende y se produce una disminución del área de los falsos negativos que queda reducida a los extremos del elipsoide (marcada con trazos diagonales y verticales). Sin embargo, el círculo de los condenados (5) ha traspasado la zona de culpabilidad y nos encontramos con un conjunto de falsos positivos (regiones marcadas con trazos horizontales) que no existía anteriormente.

Nótese, la poca distancia entre sí de los diferentes círculos de líneas continuas, con ello se quiere representar cómo, en virtud de las providencias tan estrictas de la LOSPP, ser denunciado (2) implica una alta probabilidad de enjuiciamiento (3), sentencia (4) y condena (5). Finalmente resulta conveniente la incongruencia entre la zona elipsoidal de culpabilidad y los medios a través de los cuales se quiere cubrir dicha zona (círculos) y que terminan siendo demasiado simples para abarcar una realidad más compleja.

COMENTARIOS AL SEMINARIO SOBRE LA LEY ORGANICA
DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.
VALIDACION Y ULTERIORES DESARROLLOS DE
"COSTOS Y BENEFICIOS POLITICOS DE LA LOSPP" *

HUMBERTO NJAIM

1. INTRODUCCION

Estábamos ansiosos de intervenir en el Seminario no sólo como ponentes** sino también como oyentes atentos del resto de las intervenciones. Nos preguntábamos: ¿hasta qué punto el esquema empleado en nuestro trabajo era válido o resultaba demasiado extravagante en comparación con los aportes de la comunidad jurídica? Por otra parte inevitablemente habíamos tenido que entrar en asuntos de derecho: ¿hasta qué punto nuestro alejamiento del mismo nos había llevado a observaciones desacertadas?

Además no nos sentíamos satisfechos en cuanto a la pretensión enunciada en la "Objeción Preliminar" de la ponencia sobre la utilidad de sus reflexiones en cuanto a posibles reformas futuras de la LOSPP. En tal sentido valía la pena ver qué confirmaciones y posibles desarrollos surgían del paso de la elaboración solitaria de la ponencia a la confrontación intersubjetiva que brindaba el seminario.

El resultado de este seguimiento lo presentamos aquí concentrando nuestro comentario en torno a tres puntos: la posición de la Contraloría; el afinamiento del sistema de probabilidades condicionales desarrollado

* Organizado por el Instituto de Derecho Público - UCV y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración (AVDACA). Caracas, 19-21 de enero de 1983.

** Nuestra ponencia: "Costos y Beneficios Políticos de la LOSPP", fue presentada el día 19-1-83.

en la ponencia; y lo que es más importante de todo, algunas conclusiones que se podrían derivar para ayudar la mejor toma de decisiones en el país.

2. LA POSICION DE LA CONTRALORIA

2.1. *Posición general*

Desde un punto de vista de sociología administrativa resultó fascinante ver cómo la gente vinculada a la Contraloría tendía a minimizar la novedad de la LOSPP respecto de sus funciones y la alarma que ello podría crear. Todo lo relativo a la responsabilidad administrativa ya estaría en sus líneas fundamentales en la Ley Orgánica de Contraloría (Sánchez Falcón, Poleo de Ortega y también el congresante Tovar). Incluso, para Rincón Monasterios, la preocupación que al principio le habría causado la ley se habría disipado al oír las expresiones tan alarmistas de otras conferencias, de manera que ahora estaría "preocupada de no estar preocupada".

Contrastaba esta opinión con la formulación vigorosa de Muci, según la cual la LOSPP convierte al funcionario de Contraloría en un policía y, expresaba su preocupación, derivada de su experiencia en el ejercicio del cargo, de que los funcionarios de averiguaciones se resistían a ser policías. Por otra parte Brewer enfatizaba el aporte de la ley al establecer sanciones y convertir, por tanto, la responsabilidad administrativa en una verdadera responsabilidad.

2.2. *Relaciones con el Ejecutivo*

En este punto nos dimos cuenta que nos habíamos quedado cortos en el rastreo de posibles fuentes de conflicto. No se trata tan sólo de un posible choque aparatoso de instituciones, sino de una incidencia cotidiana y hasta interferidora en el desempeño de las tareas de la administración activa. Ello fue señalado por Rachadell al hablar de lo problemático de establecer los precios del mercado (Art. 41, LOSPP), e indicar que lo que debe exigirsele a la Administración es que haya seguido un procedimiento objetivo para la determinación de dichos precios. Igualmente apuntó hacia la problemática de los gastos protocolares: Si un organismo tiene asignadas partidas para gastos protocolares, ¿va a entrar la Contraloría a decidir si tales gastos fueron excesivos o no? Y, en general, usó el Art. 41 como ejemplificación de un

aserto general que guió su conferencia según el cual así como hay que exigir objetividad y certeza a la Administración frente a los ciudadanos, debe asegurarse lo mismo respecto de las interpretaciones frente a la conducta de la Administración. Contra esta argumentación reaccionó Brewer: los términos del Art. 41 no serían términos que permitieran decidir entre varias alternativas, discrecionalmente, sino "conceptos jurídicos indeterminados" que tienen, sin embargo, un preciso significado técnico: un precio es conforme con el mercado o no lo es; un precio es justo o no lo es, etc. En concreto, la Contraloría tendría abundante experiencia en materia de precios (en el mismo sentido Sánchez Falcón). Por lo demás el Art. 43 señalaba que al tomar sus decisiones la Contraloría ha de tomar en cuenta "la naturaleza del organismo". No sería lo mismo un ente cuyo directivo agota el poco presupuesto que tenga en timbrar papel a su nombre, que otro en que los gastos de papelería y escritorio forman parte de sus actividades y tenga previsto un presupuesto para ello. Nosotros, por nuestra parte, confesamos que para poder emitir un juicio sobre esta discusión tendríamos que tener un conocimiento, que no disponemos, de la que parece ser abundante doctrina de la Contraloría, al respecto nos resulta interesante comprobar, sin embargo, que el punto suscita discusión y que eran válidas las interrogantes, que al respecto, planteábamos en nuestro trabajo.

Pero no dejó de plantearse también la cuestión de lo que hemos llamado "choque aparatoso de instituciones". Frente a Pérez Luciani que presentaba el poder de la Contraloría como el de una autoridad a la que se habían transferido facultades disciplinarias propias de los superiores jerárquicos en la administración activa y a la Contraloría como un ente virtualmente sin control, enfatizó Orlando Tovar el control político del Congreso. Pero obsérvese como esto confirma nuestra sospecha sobre una mayor recurrencia en el futuro de crisis como la del 76. Por otra parte, fue interesantísimo tomar conciencia de la incongruencia destacada por Rachadell entre la proclamación de la descentralización como ideal y la realidad de la sucesión de leyes que una tras otra vendrían a reforzar el tan criticado centralismo. En esta tendencia entraría la LOSPP al derogar virtualmente el artículo 57 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, atribuyendo competencia exclusiva, en materia de responsabilidad administrativa, a la Contraloría General de la República. Contra tal interpretación reaccionaron Brewer, Sánchez Falcón y Tovar. Las competencias de las Contralorías Municipales y Estadales continuarían intangibles y no habría tal conflicto. No nos quedó claro, sin embargo, cómo se salva, en concreto, tal escollo.

2.3. *La Contraloría y los funcionarios*

El punto que planteábamos en la ponencia sobre tensiones entre la Contraloría y los ciudadanos podría verse más en concreto refiriéndolo a los funcionarios que son los ciudadanos que entran más directamente en contacto con la Contraloría. En este aspecto resultó también fascinante la discusión sobre el Art. 15 que establece que la Contraloría

recibida la declaración jurada de patrimonio, procederá a verificar la sinceridad de la misma . . .

¿Debe hacer esto la Contraloría respecto de todas las declaraciones? En caso afirmativo se rebasaría la capacidad de la Contraloría (Lares-Martínez). Según lo que le entendimos a Sánchez Falcón esto sólo debe hacerse en caso de que existan indicios de insinceridad. Pero Rincón Monasterios, de la misma Contraloría, contrapuso que si no se verificaba la sinceridad de todas las declaraciones se caería en el vicio tan criticado por la opinión pública de la gran cantidad de papeles que acumula la Administración sin hacer nada con ellos. Aquí un especialista en Sociología de la Organización se habría estremecido de gozo al comprobar la operación implacable de la lógica burocrática, según la cual hay que hacer algo con los papeles, así como también un defensor de los derechos individuales habría temblado por la avalancha de investigaciones que ello supondría.

Sin embargo, Lares-Martínez argumentó que la única forma de cumplir esta disposición sin caer en un atolladero que la convirtiera en letra muerta, sería que el Contralor usando sus atribuciones (Art. 7º, numeral 5), dictara una valiente resolución estableciendo la obligación de declaración jurada de patrimonio sólo para los altos funcionarios.

Tal resolución sería sensata pero en verdad también valiente, pues dado todo el clima en torno a la ley se podría prestar a malinterpretaciones por parte de la opinión pública.

3. EL SISTEMA DE PROBABILIDADES CONDICIONALES

Resulta conveniente tomar en cuenta otros elementos señalados en el Seminario y que contribuyen a precisar, un poco más, el sistema de probabilidades presentado en el trabajo principal.

Prob. [denunciado]: El diagnóstico de la ley por Tosca Hernández, como un instrumento de autoexpiación social, nos lleva a tener en cuenta que la probabilidad de ser denunciado no sólo depende de las

nuevas posibilidades legales que se abren con el ordenamiento promulgado, sino también de un ambiente social favorable a la búsqueda de un chivo expiatorio. A este respecto cabría distinguir las siguientes etapas hipotéticas en la aplicación de una ley de este tipo:

—Una primera etapa en que los denunciados aumentan anormalmente por el desconocimiento de la ley, el descuido venezolano y la necesidad de buscar víctimas propiciatorias.

—Una segunda etapa en que:

—La ley ya es conocida y se ha aprendido la lección.

—Ha pasado la fiebre de encontrar víctimas propiciatorias.

Quizás cuando se alega que una ley como ésta no se va a aplicar (Urbaneja) no se es tan ingenuo como para pensar que no se va a aplicar de inmediato, puesto que resulta difícil en nuestro sistema de derecho concebir situaciones en que ya, de entrada, una ley no se aplique.¹ A lo que, más bien, se está aludiendo es a esta segunda etapa crítica de la cual puede venir una tercera etapa en que funcionan mecanismos de adaptación que terminan por neutralizar sus efectos. Piénsese, en el caso de esta LOSPP, que la lección puede haberse aprendido demasiado bien: pueden haberse perfeccionado los mecanismos de evitación y ocultamiento y las fuerzas clientelares haber encontrado nuevas formas de reacomodo. En tal caso puede presentarse un cinismo generalizado o un recomenzar el ciclo en la búsqueda de nuevos ritos de expiación, por ejemplo, a través de una ley más "perfecta" aún.

Que una ley se vaya a aplicar querría decir entonces que va a cruzar exitosamente la segunda crítica etapa de su historia, integrándose a un grado más elevado de desarrollo institucional de la sociedad en que sus mecanismos normativos funcionan, porque se han incorporado a la conciencia general, posiblemente complementados con otros tipos de medidas como las políticas compensatorias de sus efectos más disfuncionales. Frente a esta interpretación más compleja del aserto de que "la ley no se va aplicar", no podríamos pronunciarnos tan definitivamente como lo hicimos en la ponencia. Acontecimientos recientes a los que aludiremos más adelante nos dan que pensar al respecto.

1. Aunque fue muy significativo que Arteaga después de su estupenda elaboración dogmático-penal terminara afirmando que todo dependía de quienes fueran nombrados jueces. Si tales nombramientos fueran signados por la componenda política habría que cantarle el *requiescat in pace* a la ley.

Otra cuestión que nos llamó la atención en cuanto a la Prob. [denunciado] fue la observación de Leñez sobre el Art. 61, que pena a los funcionarios públicos que:

excediéndose en las disponibilidades presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier índole o naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra alguna de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 40...

El Procurador General lamentó la severidad de esta disposición, dado el conocido hecho que las compilaciones legislativas de cada Ministerio comprenden varios volúmenes y por lo tanto era muy difícil que alguien estuviera al tanto de toda la posible gama de circunstancias que podían dar lugar a reclamaciones.

Prob. [enjuiciado|denunciado]: En su análisis sobre responsabilidad civil, Gabriel Ruán planteó la cuestión acerca de los tribunales competentes en materia del ilícito civil independiente del penal. Si la interpretación que predomina es que aún el ilícito civil independiente es competencia de los tribunales de salvaguarda, es evidente que ello incide en aumentar la Prob. [enjuiciado|denunciado] en virtud de los mecanismos más expeditos de dicha jurisdicción.

También es de destacar aquí la complacencia del Fiscal Mantellini porque, la LOSPP allana la dificultad que antes tenía la Fiscalía, la cual para ejercer funciones de instrucción tenía que dirigirse a los tribunales. Pensamos que se refería a los numerales 2 y 3 del Art. 31.

Prob. [sentenciado|enjuiciado]: En el trabajo principal no tratábamos de esta probabilidad intermedia anterior a la Prob. [condenado|enjuiciado]. Conviene, sin embargo, distinguirla para encuadrar allí una serie de facilidades procesales que establece la ley y que no necesariamente conducen a una condenatoria pero sí a una sentencia. Tales son el juicio oral, que ya no es simplemente optativo, con alargación del período de pruebas a 30 audiencias; el juicio en ausencia permitido por el ordinal 5º del Art. 60 de la Constitución cuando se tratare de delitos contra la cosa pública y, amén de otros elementos ya mencionados, la tendencia general a contar los lapsos por días continuos y no por días hábiles.

Prob. [condenado y penado|sentenciado]: Podríamos extremar las distinciones hablando de Prob. [condenado|sentenciado] y sucesivamen-

te de la *Prob.* [*penado*|*condenado*], pero ya sabemos que por las características de la ley:

Prob. [*condenado*] = *Prob.* [*penado*] = 1

En esta probabilidad hay que agregar a lo mencionado en el texto principal que:

- * A diferencia de lo que ocurría anteriormente el auto de declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea siempre sanción. Es curioso, sin embargo, que esto puede ser interpretado como un mejoramiento para el condenado. En efecto, Brewer consideró que en la situación anterior el declarado responsable quedaba marcado con un estigma imborrable. En cambio, ahora pagada la pena tal estigma quedaría borrado. Empleando nuestra sistemática se podría hablar de una *Prob.* [*absuelto*|*penado*] lo cual parece absurdo.
- * En el enriquecimiento ilícito la devolución de los bienes mal apropiados, no basta para eludir la pena de privación de libertad (Art. 66).
- * Está planteada una discusión de si la ley introduce en el campo penal una responsabilidad de tipo objetivo. Los penalistas como Arteaga rechazan enérgicamente tal posibilidad. Concretamente, en cuanto al Art. 59 que se refiere a la figura de dar ocasión “por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones a que otra persona se apropie o distraiga bienes...”, señalaba que era necesario un elemento culposo y no la mera negligencia. Nosotros, dada la tendencia general de la ley dudamos que ello sea tan claro. En todo caso lo que nos interesa es apuntar que, si se impusiera una interpretación contraria a la de Arteaga, aumenta la *Prob.* aquí discutida.
- * Finalmente, hay que señalar en este acápite, ciertos aspectos parciales como la eliminación en el “peculadito” o peculado de uso (Art. 71, numeral 5), y en la concusión (Art. 62), de la atenuante por perjuicio no grave (también Arteaga).

¡Prob. [*penado*|*absuelto*]!: Resulta insólito hablar de la probabilidad de ser penado a pesar de haber sido absuelto, pero no a otra cosa se expone el infeliz que hubiere incurrido en responsabilidad administrativa y que también sea pasible de responsabilidad penal y luego fuere absuelto. Por la responsabilidad administrativa se le habrá aplicado una

fortísima multa, por la responsabilidad disciplinaria habrá sido, eventualmente, destituido, pero al ser absuelto en la instancia judicial se encontrará que, en virtud de los privilegios del fisco, establecidos en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no le puede cobrar a la Administración costas, ni intereses por sus prestaciones sociales. Por otra parte, las sentencias de restitución al cargo del Tribunal de Carrera Administrativa sólo se cumplen en un 50 por ciento. Estas observaciones proporcionadas por Rachadell así como su análisis sobre la inexistencia de la carrera administrativa en Venezuela, nos hacen ver cómo el problema de la falta de incentivos y el de los falsos positivos es más grave de lo que imaginábamos.

Y aquí se nos ilumina también que la cuestión del clientelismo es mucho más profunda de lo que acertáramos a expresar en la ponencia. La ley socava el clientelismo, es cierto, pero en sus zonas más oscuras, y no se le ha dado el golpe de gracia mientras no exista una carrera administrativa con derecho al ascenso (nuevamente Rachadell). Esto nos llama la atención sobre la unanimidad con que se aprobó la ley, destacada y ensalzada por Tarre Briceño y Antoni Paván, ¿será acaso tan fácil aprobar una verdadera ley de carrera administrativa?

Y esto nos lleva a plantearnos también quién es el verdadero destinatario de esta ley. ¿Serán, por ventura, los políticos que ocupan las altas posiciones del Estado o los centenares de pequeños funcionarios que practican la "mordida"? Formalmente pareciera no haber distinción. Unos y otros caerían bajo sus disposiciones. Incluso podrían rastrearse en los nuevos tipos penales definidos, la historia de casos célebres (Arteaga), en que notables "peces gordos" han quedado impunes y se quisiera evitar ello para el futuro. Pero aquí nuevamente la realidad social se encarga de sorprendernos. Se habla de dirigentes políticos honestos *a priori* (*El Nacional*, 27 de enero de 1983). Sin embargo, tal tesis es difícilmente sostenible a partir de la LOSPP. Por lo general, la mayoría de ellos son parlamentarios y caen en el supuesto de funcionarios públicos (ya lo destacó el diputado Tarre en su intervención) según el numeral 1 de su Art. 2º. Y, precisamente, todo el espíritu de la LOSPP es que no hay funcionarios públicos honestos *a priori*. Sostener lo contrario es caer en una evidente inconsecuencia que revela cuán arraigados son los mecanismos sociales que mediante la ley se han pretendido desmontar.

4. AYUDA AL DECISOR

Lo más importante de reflexionar sobre el tipo de cuestiones que suscita la LOSPP, no es obtener satisfacción intelectual por haber pro-

ducido un conjunto de categorizaciones más o menos afortunado, sino tratar de ver cómo se puede contribuir a la urgente mejora del proceso de toma de decisiones en el país.

En este sentido el analista de políticas públicas no puede considerar cerrada la discusión sobre la conveniencia de una ley una vez que ésta ha sido dictada como quizá tiene que proceder el jurista (Sánchez Falcón; Lares-Martínez). Al contrario, debe en todo momento mantenerla no por complacencia de sentirse un espíritu hipercrítico, sino porque sabe que sin una reflexión sostenida sobre conveniencias e inconveniencias deja al decisor casi inerte en el futuro para nuevas decisiones o para corregir las ya tomadas.

Además, las observaciones que se hagan no sólo deben tomar en cuenta la decisión como producto final, sino también todo el proceso que ha conducido a la misma. Distingamos, pues, esos dos aspectos en las sugerencias que aquí hacemos.

4.1. *El proceso de formación de la decisión*

Consideramos que fue exclusivamente jurídico. No diremos que excesivamente jurídico, porque probablemente toda precaución al respecto nunca estará de más.

En efecto, cada vez que se dicta una ley como la discutida, puede decirse que la interrogante general es cómo ha de interpretársela. Nos atrevemos a pensar que el 90 por ciento de los concurrentes al Seminario eran abogados y que la mayor expectativa de los mismos era cómo habría de interpretarse la ley. Quizá seamos tan propensos a dictar leyes porque tenemos la esperanza de que, a través de la interpretación siempre podremos atenuar sus aspectos más desastrosos.² Somos realmente muy hábiles en detectar gazapos y lagunas jurídicas. Ultimamente con el impulso que le han dado al Derecho Administrativo sus especialistas, puede decirse que también se ha desarrollado un sentido para los gazapos y lagunas administrativas. De ello fue un brillante ejemplo la conferencia de Rachadell. Sin embargo, podríamos completar tales habilidades con la de detectar problemas económicos y sociológicos y

2. Es dudoso, sin embargo, que tal esperanza sea compatible con el espíritu de la LOSPP. La impresión que teníamos de que la ley fue concebida tratando de eliminar cualquier escondrijo que permitiera su aplicación atenuada, se nos confirmó cuando vimos que Ramos Allup, al parecer, sostuvo que los legisladores habían concebido la ley en forma tal que no hubiera que interpretarla. Esta pretensión, que evoca la prohibición de Justiniano de interpretar el *Corpus Iuris*, fue criticada por Elechiguerra a cuya intervención nos atenemos para la cita de Ramos, puesto que tuvimos que abandonar el salón cuando le tocaba a dicho expositor.

desarrollar procedimientos sistemáticos para tener en cuenta en nuestros proyectos de leyes un mayor número de variables que lo que usualmente hacemos.

Con ello no nos referimos, por ejemplo, a que en una ley, de contenido económico, como, por ejemplo, la de mercado de capitales, no se haya tomado en cuenta aspectos económicos. O que en otra ley, como por ejemplo, la de reforma del Código Civil no hayan desempeñado un importante papel consideraciones sociológicas. A lo que apuntamos es que en *toda* ley aun las que pudiéramos considerar más propiamente "jurídicas" como, por ejemplo, esta Ley de Salvaguarda tienen que desempeñar un papel fundamental los puntos de vista económicos y sociológicos.

Para no quedarnos en vagas generalidades al respecto señalaremos como ejemplo de estudios de tipo económico el que ya hemos aludido en el texto principal sobre establecer un balance entre:

	(1)	
Cantidades recuperadas por aplicación de la ley.		Costos de reorganización de la Contraloría.
		+
		Costos de instalación de las instancias de Salvaguarda.
		+
		Costos variables de manejo de los casos que se presentaren.

Pero además se podrían establecer otras comparaciones:

	(2)	
Pérdidas por grandes escándalos financieros en empresas del Estado e institutos autónomos.		Pérdidas por "mordidas" (pequeños sobornos y extorsiones).
	(3)	
Pérdidas en las empresas públicas originadas por restricción a la flexibilidad necesaria para la toma de decisiones en materia económica.		Costos evitados por medidas estrictas de la ley en las empresas públicas.

Lo referente al lado izquierdo del primer balance no debería ser tan difícil de determinar. Existe toda una experticia fiscal que le permite al Estado calcular como ingresos en la Ley de Presupuesto, por ejemplo, lo que puede obtener por multas a infracciones de diferentes tributos. Algo análogo se podría aplicar aquí, amén de que se podría aprovechar la experiencia acumulada por la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito respecto de la época de Pérez Jiménez.

Ahora bien, sorprende como pareciera no existir mucha claridad en cuanto al lado derecho del primer balance. A una pregunta sobre si la Contraloría estaría en condiciones presupuestarias de afrontar las nuevas responsabilidades que le asignaba la ley, respondió Sánchez Falcón que la Contraloría tenía planteado el mismo reto que todos los demás entes de la Administración Pública, de funcionar con el presupuesto disponible y hacer lo que le correspondía con su actual estructura. Sin embargo, Muci afirmó que la Contraloría tendría que tener un enorme crecimiento burocrático. Esto nos recuerda el caso de la Ley Orgánica de Educación en que, muy loablemente, se elevó a 9 años la escolaridad obligatoria, sin que por ninguna parte, hayamos visto un análisis de costos de la medida. Y si lo hubo, al menos nunca estuvo en el primer plano. Las buenas intenciones deberían estar acompañadas de tal tipo de análisis y si, resultando adversos, decidimos, por razones axiológicas, seguir adelante al menos, estaremos claros sobre qué tipo de sacrificios y esfuerzos nos costará tal determinación.

La impresión en cuanto a la segunda comparación es que el lado izquierdo supera con creces al derecho. Es dudoso que, sin los grandes escándalos, intensificados del 74 en adelante, la corrupción habría adquirido la visibilidad suficiente para suscitar la demanda de su represión. Una idea de la opinión generalizada sobre la magnitud y lo usual de las pérdidas en Institutos Autónomos y Empresas del Estado lo pueden dar unas declaraciones de José Vargas. Decía el presidente de la CTV, a finales de 1982, rechazando las proposiciones del Ejecutivo para la contratación colectiva con los obreros del Estado, que 635 millones de bolívares eran 2 estafas en Corpomercadeo (*El Nacional*, 30-11-82). Con ello le negaba mérito a tales proposiciones, puesto que solamente ahorrando esas 2 estafas recabaría el Ejecutivo los fondos que ofrecía. Sin embargo, lo aconsejable, en términos de formación racional de políticas públicas, no es proceder únicamente en base a ideas generales e impresiones de la opinión pública sino de datos duros. Dado lo notorio y frecuente de los escándalos no debería ser difícil recabarlos.

En cuanto al lado derecho, nos referiremos a él más adelante en otro contexto.

La tercera comparación parece la más inasible. En cuanto al lado izquierdo requiere, sin embargo, analizar las cifras del lado derecho de la segunda comparación para discriminar dentro de ellas lo que hubiera podido ser evitado, en las empresas del Estado, de haber existido un instrumento legal como la LOSPP. La idea misma de tal análisis parece, sin embargo, contradictoria con el espíritu inspirador de la LOSPP. La idea subyacente a tal espíritu es que con una ley se pueden evitar todos los costos que históricamente ha causado la corrupción. La premisa es que estén en juego recursos públicos, independientemente de las formas en que estuvieren enmarcados, consiguientemente formas públicas de control, como una ley, son las adecuadas. Pero desde un punto de vista económico y administrativo, las medidas de control sólo son una parte de las complejas realidades que tiene que enfrentar la empresa. Convendría, pues, tener en cuenta en el análisis de toda esta materia, los aportes de la literatura económica y precisar el posible efecto limitado del control penal y burocrático.

Y esto nos lleva al segundo aspecto de la comparación. Un punto de partida para comenzar a abordarlo, es el considerar que en los entes públicos propiamente tales en materia de gastos, rige el atenerse a las disposiciones presupuestarias en forma estricta. Fue significativo a este respecto el relieve que le dio el diputado Tarre en su intervención al tema de la malversación. Se refirió al caso del administrador que habiendo agotado el dinero para hospitales emplea para ello el dinero destinado a escuelas (Art. 35). Esto está incluso penalizado en el Art. 60.

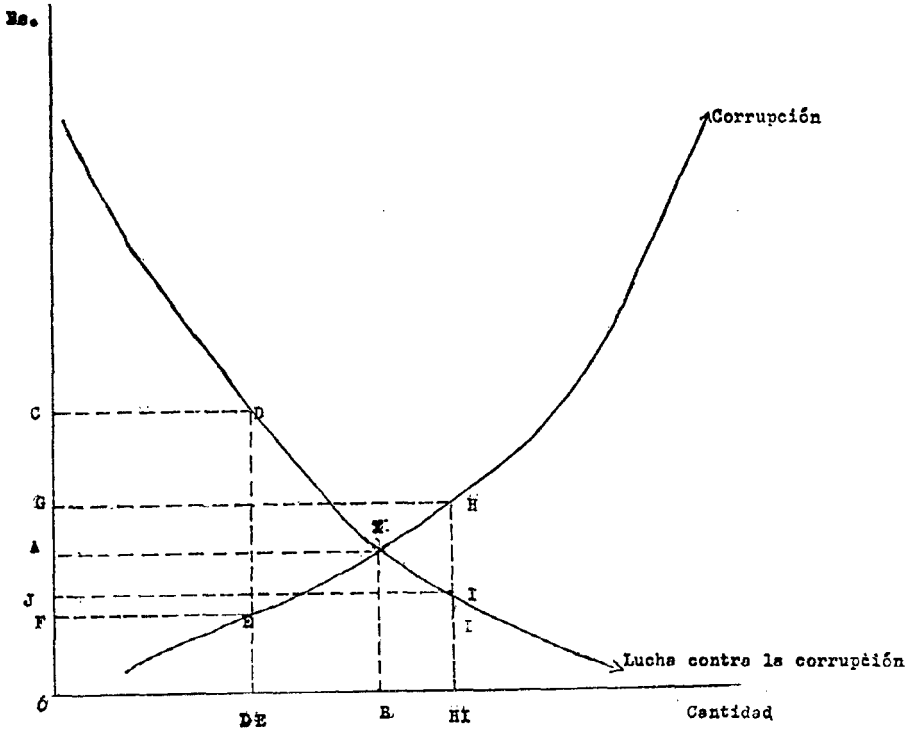
Nuevamente sentimos a través del énfasis puesto en el ejemplo, el impacto de la realidad histórico-administrativa reciente. Ahora bien, una empresa puede tener un presupuesto pero éste no es su última *ratio*, sino las indicaciones y signos que trasmite el mercado. En un momento dado un traslado rápido de partidas de inversión puede representar la diferencia entre el éxito o fracaso de la empresa. En este sentido sería interesante investigar la medida en que las reposiciones de capital en las empresas públicas antes de la LOSPP no se han debido sólo a cruda corrupción, sino también a falta de sentido económico. Ello proporcionaría importantes claves para el lado derecho de la tercera comparación.

En definitiva el economista nos dirá, para escándalos de juristas y moralistas, que puede existir un nivel mínimo, óptimo de corrupción,

es decir, que la corrupción puede ser combatida hasta un cierto nivel pero que no puede ser reducida a cero. Por ello pretender eliminarla por completo puede salir demasiado "caro".

A propósito de tal cuestión obsérvese el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1
NIVEL OPTIMO Y NIVELES NO OPTIMOS EN LA LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN



En el eje de las abscisas se mide cantidad, tanto de corrupción como de medidas anticorrupción. En el de las ordenadas, montos en dinero. La curva que va subiendo representa el nivel de corrupción. A medida que ésta aumenta, aumentan los costos que produce a la sociedad. La curva que va bajando representa la lucha contra la corrupción. Esta lucha va produciendo grandes beneficios al comienzo. Pero, a medida que se intensifican las medidas su rendimiento va decreciendo. Para un nivel DE hay un exceso de beneficios (segmento CF) en combatir la corrupción por sobre los costos de la corrupción (segmento FO). El punto HI significa unos costos de corrupción (segmento GO) que

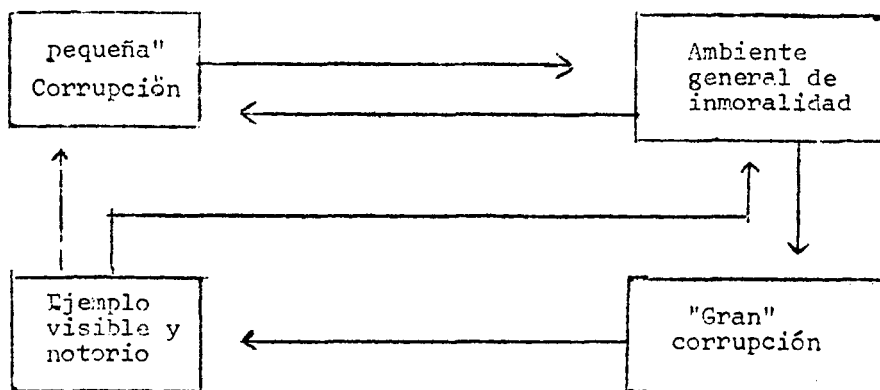
superan los beneficios de la lucha contra la corrupción (segmento JO) en el monto GJ). B es el punto de equilibrio de la corrupción y la lucha en su contra.

Podemos insistir en ir más allá de dicho punto, pero debemos estar conscientes de las consecuencias. No está demás advertir que no se pretende que las curvas reales en Venezuela tengan la forma presentada. Se trata sólo de un recurso para expresar una idea.

Elementos de tipo sociológico: En nuestra ponencia aludíamos a los diferentes tipos de burocracias y sus diferentes problemas. En su crítica contra la ley en lo relativo a las empresas públicas mencionó Mélich de pasada otro ejemplo: la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento. En definitiva tanto nuestra referencia como la de Mélich apuntan a la pertinencia de la LOSPP, para las que podríamos llamar burocracias reguladoras y a su impertinencia para otros ámbitos. Pero tales alusiones son todavía demasiado generales. En este sentido tiene mucho que aportar una disciplina como la sociología de organización que poco ha sido usada en el país para los proyectos de reforma administrativa, contexto dentro del cual hay que colocar, después de todo, a la LOSPP.

Una consideración sociológica es también útil en cuanto al problema de la relación entre pequeña y gran corrupción. Esta relación quizás no es tan importante desde el punto de vista financiero. Pero todos pensamos que una y otra se condicionan recíprocamente en una forma que, gráficamente, podría representarse así:

GRÁFICO 2
INTERRELACIONES ENTRE PEQUEÑA Y GRAN CORRUPCION



La pequeña corrupción o "mordida" debe tener un umbral crítico a partir del cual predomina un ambiente general de inmoralidad que facilitaría actitudes propicias a traspasos mayores los cuales a su vez por su visibilidad y notoriedad y, eventualmente, impunidad, reforzarían la expansión de la pequeña corrupción y nuevos reciclajes del circuito presentado en el gráfico.

Deliberadamente hemos dejado fuera de él un elemento como la situación que se presenta con una abundancia de riqueza fiscal, porque ello aunque muy importante sería exógeno al circuito y sólo potenciaría los factores endógenos preexistentes. Hemos hablado del 74 como fecha clave. Es evidente que lo hacemos sólo como el momento a partir del cual se rebasa un cierto nivel de tolerancia social.

En cuanto a la formación de una política en materia de corrupción, esto tendría como consecuencia la necesidad de evaluar el papel de "pequeña" y "gran" corrupción y en qué punto del circuito sería más eficaz trabajar para combatir el fenómeno en general, ¿qué tiene un efecto más virulento en cuanto a la degradación del ambiente moral: la experiencia cotidiana de infinidad de ciudadanos en su contacto con la administración o las informaciones sobre hechos más o menos escandalosos pero relativamente remotos? El problema está en que los escándalos presionan más fuertemente hacia soluciones globales aparentemente más fáciles, que hacia medidas graduadas para diferentes ambientes y situaciones. Esto evoca inmediatamente la cuestión de los "reposeeros". Este es un fenómeno que se encuentra en la zona fronteriza entre pequeña y gran corrupción. Es pequeña si se considera cada caso por separado. Pero alcanza enormes magnitudes cuando se convierte en una conducta colectiva. Hemos tenido oportunidad en la ponencia de citar cifras al respecto. El hecho ha llegado a ser tan escandaloso que merece consideración especial por parte de la ley. Nos atreveríamos a decir, que uno de los aspectos esenciales de la LOSPP es ser una *ley antirreposeeros*. Y aquí se plantea la importante cuestión de hasta qué punto podrán ser efectivas las penas creadas, si al mismo tiempo subsisten poderosos incentivos establecidos en la contratación colectiva que han dado lugar por selección adversa, a la conducta "reposeeril". Esto querría decir que el problema es tan especial como para requerir todo un cuerpo de medidas especiales. Sin embargo, colocado dentro del contexto de una ley que va más allá del mismo puede ocurrir que no se lo combata eficazmente y que la indignación que produce afecte un conjunto de situaciones muy distintas, que son tratadas con el mismo grado de indignación independientemente de su distinta naturaleza.

También da campo para consideraciones sociológicas en la toma de decisiones de este tipo la expectativa sobre el carácter preventivo de la LOSPP expresado de entrada y solemnemente en su Art. 1º. El mismo fue enfatizado por el legislador Simón Antoni Paván. Aquí hay la idea de prevención como afecto atemorizador de la amenaza de castigo. Tan es ello así, que después de esta referencia en el Art. 1º, el término no vuelve a aparecer en ninguna otra parte de la ley.

Ahora bien, la amenaza de castigo seguramente cumple un papel preventivo en cuanto a conductas relativamente simples como el ir a votar o en casos extremos donde se da una conciencia prácticamente unánime sobre la gravedad del acto. Por otra parte, ciertamente es más eficaz en el caso de un niño que de un adulto.

El problema comienza cuando las conductas son relativamente complejas como ser honesto en un contexto administrativo y según las expectativas de la ley o cuando los legisladores prohíben actos que una mayoría de mortales consideran que no se deben prohibir. Además, si los infantes son impresionables los adultos nos caracterizamos por ser zorrunamente adaptables. Entre el cumplimiento estricto de norma y la violación abierta, existen zonas intermedias, y frente a la penalidad que sólo puede estar dirigida al individuo surgen los mecanismos de defensa grupal. Todo ello ha sido puesto de manifiesto en el estudio sociológico de la llamada organización informal y de las consecuencias disfuncionales de las normas. Tales aportes deberían ser tenidos más en cuenta en la toma de decisiones. Aquí es también importante un concepto más avanzado de prevención como el que proporciona la Criminología (Elechiguerra).

4.2. *La decisión en sí misma y su taxonomía*

En la ponencia tratábamos las repercusiones de la ley en los funcionarios. A grandes rasgos apuntábamos a una situación inestable por cuanto se cargaba la mano sobre un determinado grupo social con la natural consecuencia de comportamientos de evasión por parte de dicho grupo. En sustancia se trata de una decisión que se considera tan beneficiosa para la sociedad que bien se puede arriesgar perjudicar uno de sus componentes. Esta situación se podría generalizar para obtener un marco de clasificación de decisiones que permitiera preguntarse ante una decisión concreta, en este caso una decisión de regulación, a qué categoría pertenece la decisión y qué consecuencias se derivan de su ubicación en dicha categoría. En el cuadro que sigue diferenciamos 9

situaciones que resultan de una matriz de 3 x 3, en la cual distinguimos en cuanto a sociedad y grupo regulado 3 posibilidades beneficio, indiferencia o perjuicio, respectivamente.

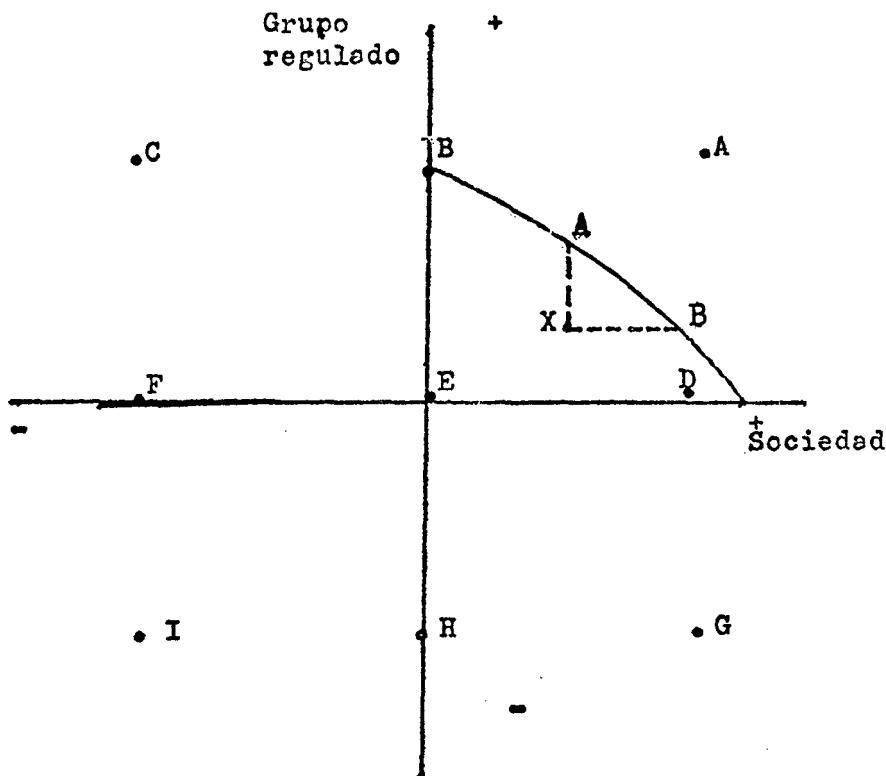
CUADRO 1

		SOCIEDAD		
		<i>Beneficiada</i>	<i>Indiferente</i>	<i>Perjudicada</i>
<i>Grupo regulado</i>	BENEFICIADO	A	B	C
	INDIFERENTE	D	E	F
	PERJUDICADO	G	H	I

Trasladamos esto a un gráfico de coordenadas, pues ello nos permitirá visualizar mejor las consecuencias que se derivan del cuadro:

GRÁFICO 3

TIPOS DE DECISIONES



Una idea de extraordinaria utilidad que nos permite representar el anterior gráfico es la de la pareto-optimalidad de las decisiones. En este caso se dice que una decisión es pareto-optimal cuando conduce a un estado en que al menos uno de los elementos que entran en juego en la decisión es mejorado y, por lo menos, ninguno es perjudicado; al mismo tiempo se ha llegado al máximo posible dentro de las constricciones que definen una situación. El área de decisiones pareto-optimales es el cuadrante superior derecho del gráfico. La línea curva representa las limitaciones a lo que, dado un nivel determinado de desarrollo, se puede obtener, en este caso, en beneficio de la sociedad y el grupo regulado o sólo de uno u otro, *A* rebasa las posibilidades concretas de la situación *E*, *D* y *X* representan decisiones que no aprovechan todo lo que se podría lograr. En *B* todas las posibilidades de beneficio se han concentrado en uno de los términos de la polaridad. Si pasamos del punto *X* al punto *B*, el grupo regulado gana y la sociedad es perjudicada en el sentido que pierde unos beneficios que antes tenía, pero en el punto *X* no se aprovechaban al máximo las posibilidades existentes. Los puntos en la curva abarcados por las líneas que irradian desde *X* serían pareto-optimales respecto de *X*. En *b* la sociedad gana y el grupo permanece igual. En *a* pasa lo opuesto. Entre *a* y *b* se compartirían en forma variable las ganancias de la nueva situación. Esto nos hace ver que la pareto-optimalidad es un concepto de eficiencia en el empleo de recursos, no de justicia distributiva. Desde este último punto de vista podemos preferir *X* o, desde luego, un punto intermedio en la curva de posibilidades, o un punto en que la sociedad cosechara todos los beneficios y el grupo ninguno, al revés del punto *B*.

Ahora bien, una de las cosas importantes de retener dentro de este contexto es que todos los demás puntos fuera del cuadrante superior derecho son puntos de desequilibrio social. Para decisiones del tipo *C*, *F*, *I*, *H*, *G*, hay que prever problemas. Una decisión del tipo *E* es anodina. Por otra parte, decisiones como *D* y *X* son socialmente estables pero ineficientes. Sin embargo podemos preferir *X* por razones de justicia distributiva.

Una vez explicado esto, es interesante tratar de ver cómo cada quien clasifica una determinada decisión dentro del esquema. Por todo el tenor de nuestra exposición se desprende que nosotros la consideraríamos un punto como *G* en general y como *I* en cuanto a las empresas públicas. Un defensor desaforado de la ley se ubicaría en *A*. Una evaluación como la de Tosta Hernández que la comparó con el Plan Unión la ubicaría, sin matizaciones de ningún tipo, plenamente en el cuadrante in-

ferior izquierdo, probablemente en un punto todavía más extremo que I. Y a propósito de esto hay que observar como algo debió estar muy contenido en aquel público formado mayoritariamente por funcionarios y que había sido expuesto en la mañana a las exposiciones fundamentalmente elogiosas de personeros oficiales, matizadas de los politólogos y luego a la muy técnica disertación de Arteaga, cuando acogió la observación con entusiasmo casi delirante. Se diría que fue una especie de catarsis y, quizá, muy significativa de que la ley es vivida por los afectados directos como un instrumento de persecución.

4.3. *Irradiaciones de la decisión y programas complementarios*

Los decisores deberían tener en cuenta además, las repercusiones de una ley como la LOSPP en el sistema total de las políticas públicas.

El seguimiento de algunas de las intervenciones del Seminario permite distinguir dos aspectos en tal sentido. Por una parte la repercusión en cuanto a disposiciones ya existentes y, por otra parte, en cuanto a la necesidad de nuevas disposiciones complementarias.

En cuanto al primer aspecto nos parecieron muy importantes las observaciones de Rachadell respecto a las novedades³ procesales de la LOSPP: juicio oral, instrucción directa por el juez de la causa, eliminación del recurso de casación y, en otro orden de ideas, la efectividad de las penas (Art. 103). Se preguntaba el expositor: Si todo esto es tan bueno, ¿por qué no se generaliza? La pregunta es certera porque con tales medidas se revela una crisis, por impotencia, de los medios jurídicos normales.

Al segundo aspecto se refieren otros juicios del mismo Rachadell como lo relativo a la incongruencia de aumentar la población penitenciaria en el país, cuando a través de otras políticas como las expresadas en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión de la Pena se trata de disminuirla y de evitar los efectos corruptores de las cárceles; así como lo que ya citábamos del mismo expositor en cuanto a descentralización y en la sección de este comentario referente a la *Prob. [penado] absuelto*] y que revelan la necesidad de reformas al régimen de funcionariado público. Dentro del mismo tipo de categorías habría que incluir la propuesta de Andueza, quien citaba datos del Ministerio de Justicia según los cuales el 80 por ciento del personal del mismo tenía

3. Ya existentes en la LCEI en un contexto menos riguroso. Pero en cuanto a la prohibición de no delegar facultades de instrucción observaba Elechiguerra, con razón a nuestro modo de ver, que la excepción a ello en cuanto a evacuación de pruebas hace prácticamente nugatoria tal prohibición (Art. 85).

sueldos inferiores a los tres mil bolívares, y sugería la necesidad de elevar las remuneraciones en la Administración Pública. En momentos, sin embargo, de crisis fiscal es difícil la realización de esto. Podría ser más "barato" sentar las bases de una verdadera carrera administrativa que combinara estabilidad con eficiencia. Por lo demás, el aumento de sueldos sin la existencia de dicha carrera poco resuelve. Finalmente una cuestión que tiene que ver con el complejo problema del clientelismo es la del replanteo, por virtud de la LOSPP y eventuales medidas complementarias como la reforma de la Ley de Carrera Administrativa, del problema del financiamiento de los partidos políticos.

Una labor basada en claros objetivos del gobierno para impulsar el programa de medidas complementarias que la ley suscita, puede convertir lo que al principio parecía una constricción política incómoda en un punto de partida para una mejor situación de los valores y sectores implicados. Sin embargo, hay el peligro de que en un año electoral el ejecutivo se contente con haber cumplido su deber con su escrito de objeciones y que no se avance más allá.

5. CONCLUSION

Quien haya leído este comentario hasta el final habrá comprendido que su propósito va más allá de la mera crónica. Aspiramos a que sea una pequeña contribución a la mejora del proceso de toma de decisiones en el país y concretamente que pueda ser útil a futuras reformas de medidas anticorrupción como la LOSPP. Aunque con las observaciones del Presidente de la República se produjo un interesante proceso de colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo, previsto en nuestra Constitución, creemos que el primero no explotó las amplias posibilidades de información a su alcance.

En efecto, algo que como un lamento se nota en todo el documento del gobierno es el temor de las repercusiones disfuncionales de la ley en la *performance* de la Administración Pública, pero en ningún momento aparece alguna información estadística usada salvo el dato proporcionado por el Ministerio de Justicia, y citado en nuestra ponencia, sobre el número de casos denunciados pasados por la PTJ a los tribunales. Toda la argumentación se concentra en lo jurídico y en lo que podríamos llamar la matriz de punitividad de la ley. De allí derivan observaciones, muy importantes por lo demás, sobre el juicio en una sola instancia a los altos funcionarios públicos, la penalización de los casos finalmente establecidos en el artículo 41 de la LOSPP como de sólo responsabilidad administrativa, pero también batallas perdidas de

antemano como el alegato de inconstitucionalidad de los tribunales de salvaguarda y una serie de observaciones de detalle sobre infinidad de artículos que hacen farragoso el documento y no permiten percibir un claro hilo conductor en el mismo. A veces pareciera como si los abogados de la Procuraduría y de la Consultoría Jurídica de la Presidencia se hubieran encerrado a ver cómo podían producir el mayor número de observaciones que les permitiera quedar bien ante el Presidente vista su solicitud de un estudio de la ley.

En contraste con ello es necesario diseñar un marco de toma de decisiones que permita un acoso más sistemático de los diferentes factores que es preciso tomar en cuenta y una anticipación del mayor número posible de efectos laterales (Urbaneja), e irradiaciones de la decisión. Ello permitiría decisiones más integrales o al menos un tipo de argumentación más sólido y mejor fundamentado. No es el caso aquí hacer una recapitulación de todos los aspectos que hemos señalado, pero sí quisiéramos poner de relieve los que se refieren a lo que podríamos llamar la economía política de la decisión y los relativos a problemas organizacionales y burocráticos.

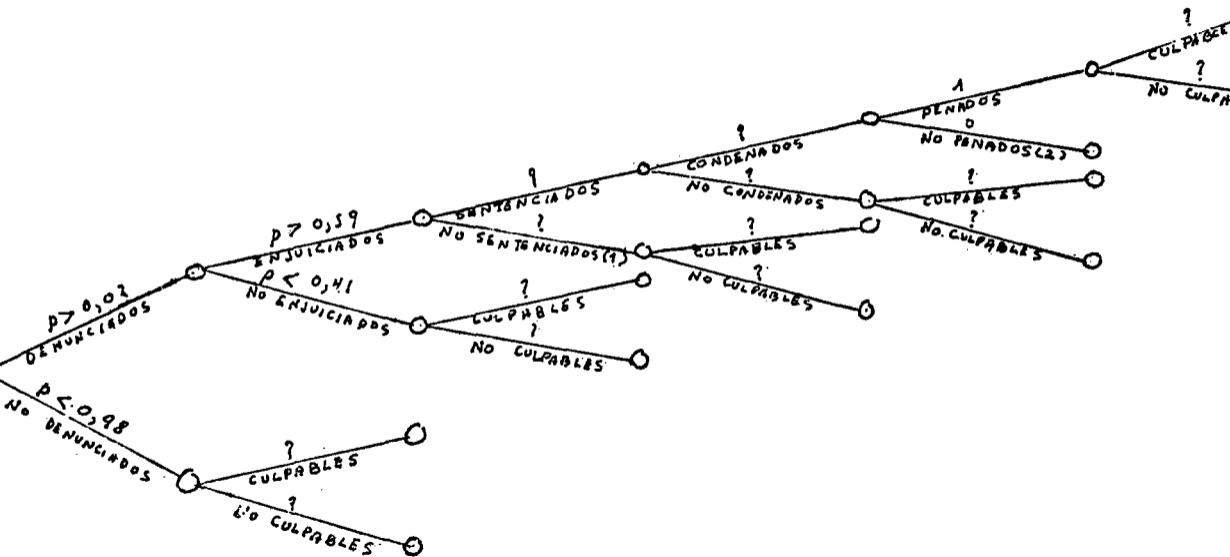
APÉNDICE

Para mayor claridad sobre el encadenamiento de probabilidades condicionales descrito en el texto se presentan los diagramas 1 - 4:

DIAGRAMA 1

El árbol de eventos que podemos llegar a conocer con certidumbre nos viene dado por las diferentes proporciones de casos que se van presentando en el ramal que comienza con "denunciados". El comienzo del segundo ramal con "no denunciados" se formaría a partir de datos sobre presuntas violaciones que no llegan a ser objeto de actuación judicial, ya sea por denuncia propiamente dicha o por otros medios de impulso a actuaciones judiciales o cuasijudiciales. Tales datos serían, desde luego, menos sólidos que los que sirven de base al primer ramal pero no imposibles de recabar y aquilatar. Cada uno de los ramales (menos "no penados" porque en el caso de la LOSPP no se darían) concluye en las posibilidades de "culpables" o "no culpables" que no son conceptos judiciales sino probabilísticos susceptibles de ser construidos a partir de la experiencia histórica con la ley.

Encima de cada rama iría la probabilidad numérica de cada evento. Como todavía no la conocemos figuran signos de interrogación en su lugar, salvo en el caso de "denunciados-no denunciados" y "enjuiciados



no enjuiciados”, que podemos colegir que serán los allí puestos en base a los escasos datos de que son disponibles y cuya fuente figura en “Costos y beneficios políticos de la LOSPP”.

El *Diagrama 2* es un resumen del *Diagrama 1*.

DIAGRAMA 4

Aplicando el teorema de Bayes podríamos, con los datos con que se llenara el *Diagrama 1*, determinar entre los culpables y no culpables qué porcentaje probabilístico será denunciado o no denunciado o, lo que más interesa, los porcentajes probabilísticos de penados o no penados. Esto último se recapitula en el *Diagrama 4* donde se ha reestructurado, en base a dicha perspectiva, el *Diagrama 3*.

Obsérvese la importancia de estas ideas para el seguimiento y evaluación de la aplicación de la LOSPP. La función de preferencia del sistema político en la actualidad pone el mayor énfasis en elevar la proporción de culpables penados y disminuir la de culpables no penados. Sin embargo, si se constatará un porcentaje de no culpables penados que colidiera con otras funciones sociales de preferencia, ello podría dar lugar a reformas de la ley. Tomada desde este punto de vista la LOSPP ofrece una gran oportunidad para la observación científico social.

DIAGRAMA 2

SIMPLIFICACION DEL DIAGRAMA 1

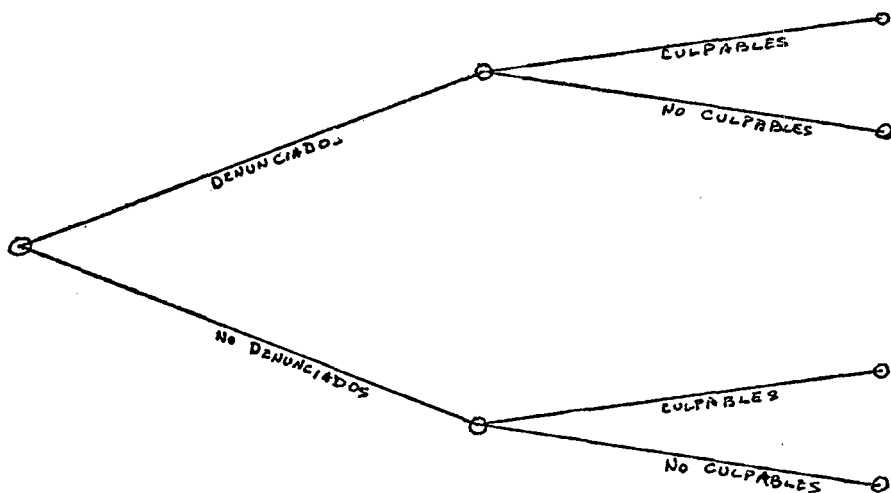


DIAGRAMA 3

INVERSION DEL ARBOL DE EVENTOS DEL DIAGRAMA 1

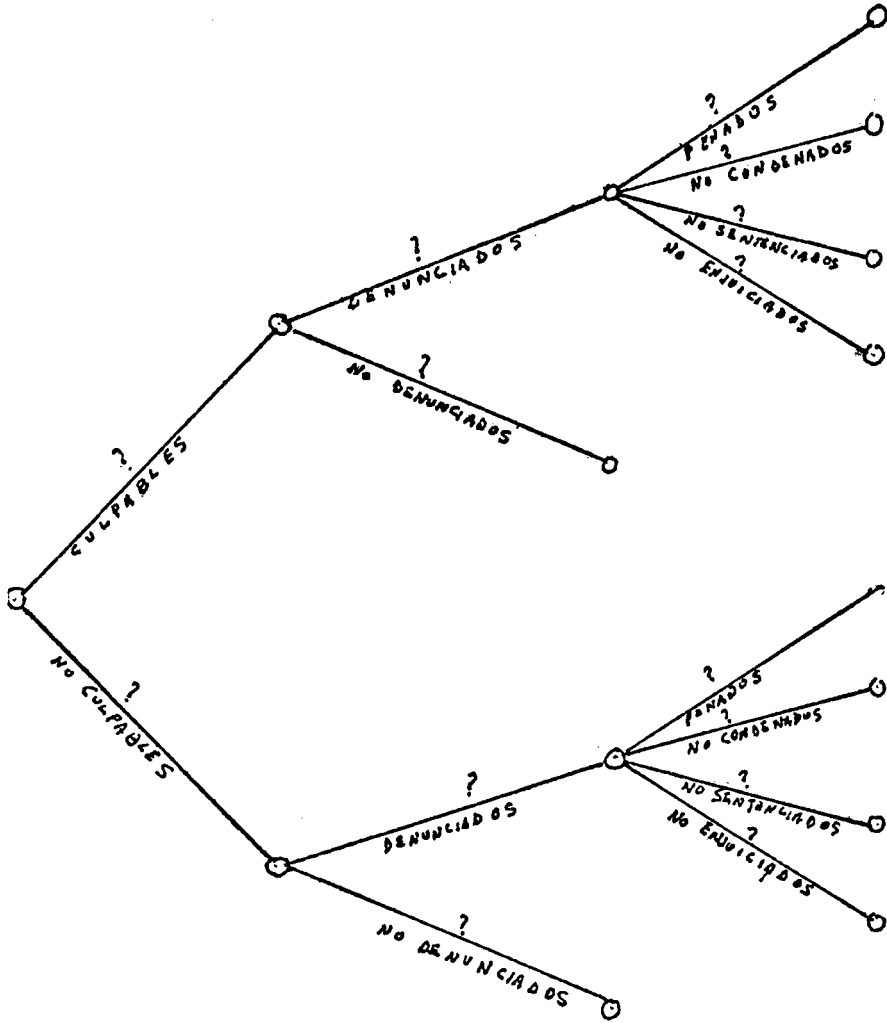
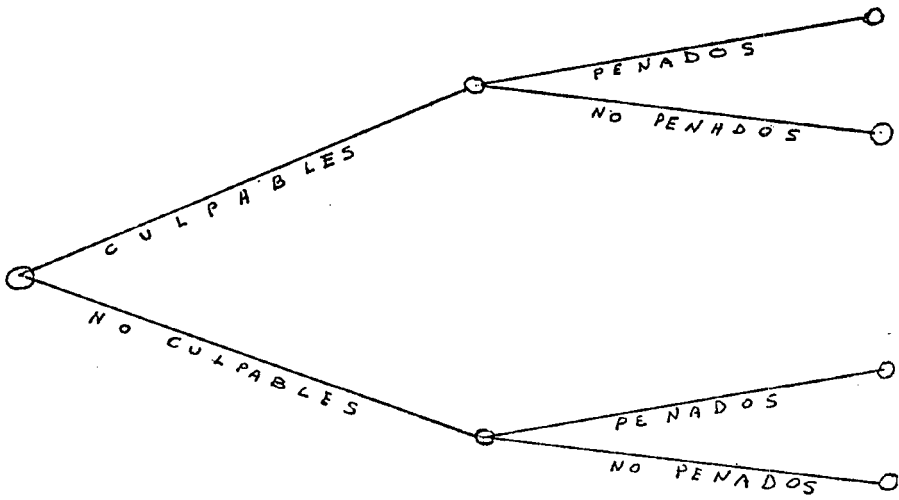


DIAGRAMA 4

SIMPLIFICACION DEL DIAGRAMA 3



LA LEY ORGANICA COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCION

DIEGO BAUTISTA URBANEJA

Me encuentro en una posición relativamente incómoda al hacer estos comentarios críticos, tanto a la intervención de Gustavo Tarre como a la ley misma, porque se trata de una ley que tanto en su rótulo como en su intención es aparentemente deseable ¡Qué más quisiera uno que una buena ley de protección o Salvaguarda del Patrimonio Público y cuánto no siente uno que esa ley es necesaria!

De manera que yo quisiera compartir en alguna medida el optimismo tanto de Gustavo Tarre como el del doctor Antoni Paván en cuanto a los probables o posibles efectos futuros de esta ley. Y dada la acotación final de Gustavo Tarre sobre lo que al fin y al cabo hace la ley, que no es más que poner en manos de algunos órganos jurisdiccionales un instrumento más severo, pienso que si a eso se limita el aporte final de esta ley no me es difícil compartir en esa medida el optimismo de Tarre. Sin embargo, precindiendo de esa modestia en la apreciación de los alcances de la ley, o aun teniéndola en cuenta, la veo como una ley que ofrece numerosos flancos a la crítica. De aquí viene la incomodidad de que hablaba: criticar una ley que todos tenemos por deseable. Como veremos, varios y muy importantes de esos flancos se deben a los defectos del proceso de toma de decisiones del sistema político venezolano.

La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público es una decisión pública. Como tal está sujeta a los procedimientos de toma de decisiones del sistema político venezolano y como tal también está sujeta —o es víctima— de los defectos de esos procesos.

Me he asignado hoy mismo la tarea a hablar un poco, a propósito de esta Ley de Salvaguarda, de los flancos vulnerables que

ofrece tanto ella misma como el proceso de toma de decisiones de la cual esa ley es producto.

Previamente a esto, creo que es necesario plantear lo siguiente: la ley puede ser analizada y criticada desde dos puntos de vista. Por una parte la ley como instrumento específico de lucha contra la corrupción, dando en este caso a la palabra corrupción un significado muy amplio, que incluye negligencia, despilfarro, favores como los que mencionaba Tarre, que no implican dolo o intención de enriquecerse. Entonces, decía, por una parte está la ley como instrumento de lucha contra ese hecho llamado corrupción, entendiendo esta palabra como digo en un sentido muy amplio. Y por otra parte, está la ley como una decisión que aparece dentro de un contexto institucional y social y que al aparecer dentro de ese contexto produce efectos laterales hacia todos lados, distintos a los efectos que produce con respecto a la corrupción.

De modo que está la ley como instrumento de lucha contra la corrupción y la ley como fuente de efectos laterales hacia otros fenómenos, hacia otros hechos y hacia otros rasgos de nuestro sistema social distintos al de la corrupción. Entonces haré en la primera parte de mis comentarios algunas observaciones sobre la ley como instrumento específico de lucha contra la corrupción y en la segunda parte de mis comentarios se harán observaciones sobre los efectos laterales de la ley.

En relación al primer aspecto y hablando de la ley como instrumento específico de lucha contra la corrupción, debo limitarme a hacer algunos comentarios bastante globales y no del todo optimistas. La ley aparece como un instrumento legislativo sumamente severo, severísimo realmente. No sabría decir en este momento —aunque luego volveré a retomar esto de la severidad—, si eso es una cualidad o un defecto. En todo caso como instrumento legislativo muy notorio y muy publicitado y podría considerar en un primer momento esa severidad como un vigoroso ejercicio de calistenia y de catarsis de los que periódicamente necesita realizar nuestro sistema democrático para hacer algo, o creer que está haciendo algo destinado a erradicar varios de sus principales problemas. Yo creo que esta calistenia periódica es saludable, porque ayuda a impedir que los resortes morales o de crítica moral se oxiden demasiado. Pero también creo que hay una característica importante de la ley que relativiza o podría disminuir mucho su efectividad, y es que además de que es una ley muy severa, es un acto que, al menos hasta mis conocimientos, aparece como aislado en la lucha contra la corrupción. No estoy en este momento en capacidad de decir

que un hecho aislado, una ley aislada sea ineficaz en la lucha contra la corrupción. Pero sí creo que en una primera aproximación se podría pensar que una ley aislada no va a ser todo lo eficaz que su severidad parecía prometer.

Al leer la ley, me da la impresión que en su severidad ataca a la corrupción como si la corrupción fuera una especie de erupción particularmente rebelde al tratamiento cosmético, es decir, un mero síntoma de la flacidez moral de algunos individuos perfectamente determinables o un síntoma de la ausencia de sanciones legales suficientemente severas. Esta visión se confirma cuando se dice, como ha dicho Tarre, que la ley no va a acabar con la corrupción, así como no acaba con el delito. La comparación sugiere que estos individuos perfectamente determinables son tan hábiles, son tan prolíficos, se reproducen con tanta facilidad, se esconden con tanta sagacidad que no se le puede pedir a la ley que los descubra y los acabe a todos. Como un insecticida no puede matar a ciertas chiripas que se esconden detrás de los rincones a los cuales el insecticida no llega. Pero eso no quiere decir nada contra el insecticida, porque no se le puede pedir al insecticida que acabe con todas las chiripas. Pues bien, quiero tomar mi distancia contra esta visión. Creo que la corrupción en Venezuela en todas sus múltiples manifestaciones tiene raíces de muy diversa índole y de gran profundidad. Raíces económicas, burocráticas, sociales, culturales, de envidia social, efecto de demostración, consumismo, todo lo cual crea una enorme red de complicidad —palabra sobre la cual quiero hacer después algunos comentarios más— y que configura lo que uno llama —en una palabra que no me agrada del todo pero que creo que en este momento no tengo más remedio que usar—, el *status*. Dentro del cual la corrupción es un rasgo fundamental, que satisface necesidades importantes de funcionamiento en nuestro sistema social, que es altamente funcional a ese sistema social. Ahora bien, son las raíces de la corrupción las que deben ser atacadas. Por ejemplo, creo que la crisis fiscal y el desempleo creciente son detergentes mucho más eficaces contra la corrupción, porque ataca sus raíces ocultas y no sus síntomas. La crisis fiscal disminuye la posibilidad general del derroche y establece una presión general hacia la austeridad, mientras que el desempleo “fija” al funcionario en su puesto, aunque sea rodeado de un ambiente austero, ya que el clima es poco propicio para irse a buscar “mejores” oportunidades. Cuando hablo de complicidad —y esto quizás precise más o profundice más lo que quiero decir con esto del *status*—, no me refiero sencillamente a la falta de rechazo social, o a una com-

plicidad consciente, ni tampoco me refiero a que las personas que incurrir en diversos tipos de actos de corrupción sean tan numerosos e incluso sean más abundantes que la gente honesta (Yo creo que lo contrario es la verdad: que la gente honesta es mucho más numerosa que la gente que incurre en diferentes actos de corrupción). Lo que quiero decir cuando hablo de complicidad es que la corrupción está tan engastada en el funcionamiento del sistema social venezolano, que la tolerancia hacia ella y el tratarla con naturalidad es un producto de su misma indispensabilidad. A pesar de que los dirigentes políticos en Venezuela siempre hablan de la ausencia de rechazo social como uno de los factores de la corrupción, sin embargo estos mismos dirigentes políticos siguen hablando como si de todas maneras el funcionario corrupto, el funcionario que se enriquece ilícitamente, el funcionario que pecula o el funcionario que firma un certificado médico para hacer un favor, es un ser identificable que está allí, es un bacilo perverso que se sabe quién es y que, bueno, uno invita o no invita a su casa por razones coyunturales. Creo, al contrario, que la cosa es más profunda, más sutil y esa misma sutileza me hace difícil expresarlo. Es que el funcionario que compra una avioneta que no debía o que cobra una comisión que no debía o que pecula es cualquiera de nosotros, está al lado nuestro, almuerza con nosotros, es un ser como cualquiera de nosotros, que adicionalmente a ser como cualquiera de nosotros se compra una avioneta ¿Por qué es natural que se compre una avioneta? Porque los recursos con los cuales pudo comprarla los obtuvo satisfaciendo la necesidad, por ejemplo, de un constructor que necesitaba una decisión rápida o de algún cliente que le pidió por favor que acelerara algo a su favor y fue natural y fácil que lo hiciese porque si no lo hace se traba algo, deja de funcionar algo, la industria no se instala o no se crea o no se inicia el edificio. Se piensa que no hay nada de malo en aceptar una comisión para acelerar un trámite, porque se sabe que si no se hace eso el destino de la solicitud es perderse en la estopa burocrática o ser retrasada por atender a otra solicitud cuyo funcionario responsable sí aceptó la comisión.

Si todo esto fuese así —al menos en parte, porque yo sé que la cosa no es del todo así— yo distinguiría dos aspectos en el asunto de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público. Para empezar, tendríamos el problema *primum novens*: ¿quién inicia? Ese iniciador de los procesos contra la corrupción, ¿es él mismo incorrupto o está él mismo fuera de los lazos más o menos invisibles y que yo vería innumerables de la corrupción?; si fuese así, ¿podría dar suficientes pasos sin recibir

llamadas telefónicas de personas influyentes, ellas mismas honestas pero amigas de gente no tan honesta o ellas mismas honestas pero con conciencia del costo político que tendría dejar que ese funcionario honesto diera suficientes pasos? Si es cierto que la corrupción forma parte de nuestro *status*, ¿basta una ley y suponer la existencia de alguna gente libre de los lazos de ese *status* para que ese *status* permita una transformación tan radical como la que en mi opinión, sería necesaria para que una ley como esta se pudiese aplicar con suficiente eficacia? Como una maraña que se autodestruye. Aquí me viene a la memoria una expresión de un investigador del IESA, el doctor Ramón Piñango, que habla de “la utopía de los medios”, que es un fenómeno muy frecuente en Venezuela. Muchas veces cuando pensamos en la solución de algún mal social profundo, decimos: “la solución de esto es tal o cual cosa”. Por ejemplo, una burocracia eficaz es la solución del problema de ineficiencia. El doctor Piñango dice que esto es en cierta forma una utopía porque si tú tienes una burocracia eficaz, si tú cumples todas las condiciones que requiere un país para tener una burocracia eficaz, olvídate de los problemas, los problemas ya están resueltos, y entre ellos el de la ineficiencia. Obtener una burocracia eficaz es difícilísimo, y plantearlo como medio para solucionar un problema cualquiera es una trastrocación de los planos. Igualmente lo que implica que esta Ley de Salvaguarda se pueda aplicar en una forma consistente, coherente y relativamente inobstaculizada, lo que eso implica, digo, supone que ya el problema de la corrupción llegó a sus dimensiones normales, dominables, sus dimensiones estrictamente delictivas. Entonces el problema ya está resuelto. El día en que en Venezuela esta ley pueda aplicarse, el problema estará grandemente resuelto, porque lo que implica la aplicación de la ley en términos de funcionarios honestos, en términos de funcionarios de acción libre y en términos de actitud social ante el fenómeno de la corrupción, conlleva que la corrupción en Venezuela dejó de ser un flagelo. Entonces la ley se convierte en una ley normal de tipo penal o algo así. Uno podría jugar un poco con los conceptos. Alberto Hirschman, uno de los grandes economistas y analistas políticos de estos años, tiene una teoría del desarrollo económico que podría ser traída a colación en este lugar. Dice Hirschman que si los países en desarrollo van a esperar a tener todas las condiciones del desarrollo para empezar a desarrollarse, pues entonces nunca se van a desarrollar. En realidad, tener todas las condiciones del desarrollo es estar desarrollado. Entonces, sigue diciendo Hirschman, lo que hay que hacer es plantar en algún lugar un foco de retos, un eslabón aislado y exigente de una cadena que aún no existe, para obligar a la

sociedad a producir los otros eslabones, para que el que se plantó no se pierda. Es la tesis del *big push*. Si usted crea una gran fábrica muy compleja, esa fábrica lo obligará a producir los gerentes, los caminos, los insumos, la infraestructura necesaria para que la fábrica funcione. Esos focos "jalan" la sociedad, por decirlo así. Pues bien, uno podría si quisiera, considerar esta ley que comentamos como un foco de retos, como un eslabón aislado de una cadena que aún no existe —la cadena de la lucha contra la corrupción—, pero cuya existencia de eslabón induce la aparición o la formación de los otros eslabones: la ley estaría allí, bien adelante, diciéndole al país: "crea las condiciones para que me apliquen, llega hasta donde yo estoy, y cuando llegues aquí, cuando me puedas aplicar, ya la corrupción estará dominada como problema, porque en una sociedad donde yo puedo ver aplicada la corrupción no puede ser ya un problema serio" (y pensando esa ley para sus adentros: "y mi verdadera función no es que me apliquen sino inducir en lo que pueda las condiciones para que me apliquen").

De modo pues que, para finalizar la primera parte de esta intervención, mi comentario en cuanto a la ley como instrumento específico de lucha contra la corrupción, consiste en poner entre paréntesis su eficacia, insistiendo o basándome en el carácter profundo de la corrupción y en lo difícil que es que un instrumento legislativo de tipo penal pueda acabar con un hecho que es, en mi opinión, un rasgo constitutivo del actual sistema social venezolano.

La segunda parte de mi intervención se referirá a los efectos laterales de la ley. Ya no a su eficacia como instrumento de lucha contra la corrupción sino a los efectos imprevistos, buenos o malos, que pueda tener la ley hacia sus lados. Aquí, por cierto, debo ser muy cuidadoso para no invadir lo que presumo que serán los terrenos de intervención del doctor Humberto Njaim, que es la que sigue a este comentario.

Yo empezaría esta segunda parte citando una frase que en algún lugar de sus *Memorias* escribe Henry Kissinger. Dice: "es importante evitar que un objetivo se transforme en una obsesión". Creo que estamos ante un caso en el cual la lucha contra la corrupción en sus distintas formas se transformó en una obsesión que obnubiló la visión de las posibles consecuencias laterales que una valientísima y severísima ley contra la corrupción pudiera tener y creo que estamos un poco ante una pequeña versión, apropiada a nuestro país, de la frase de San Agustín: *fiat justitia pereat mundus*.

En este sentido quiero expresar mi simpatía intelectual por el tono de la intervención del doctor Leáñez, que en el lenguaje propio del

jurista, planteó problemas similares a los que yo quiero atisbar aquí. Están, por ejemplo, los efectos laterales de la ley con respecto a los incentivos para entrar a la Administración Pública. ¿Qué pasa en una Administración Pública si una ley la convierte en una especie de coto cerrado sujeto a la vigilancia permanente de mil ojos escrutadores, que están pendientes de si el tipo de repente apareció con un Lincoln Continental, que no se sabe de dónde salió, o que viajó a un sitio y no se sabe de dónde pagó el pasaje y el hotel? Es posible que esté caricaturizando un poco la cosa. Pero de que la ley crea un cuadro muy minucioso de faltas punibles, lo crea; y de que esa minuciosidad produce un ambiente poco auspicioso, lo produce. Es a efectos de este tipo, sobre los cuales creo que el doctor Njaim va a insistir analíticamente, a los que me quiero referir en esta parte de mi intervención.

El profesor Alberto Hirshman, ya citado, quizás el único gran economista y politólogo que trabaja en Estados Unidos, que ha dedicado gran y particular atención a Latinoamérica, ha señalado como un rasgo llamativo del proceso legislativo latinoamericano, que en Latinoamérica aparecen con gran facilidad leyes que en Francia, Inglaterra, Estados Unidos o Alemania hubiesen sido un gran escándalo y una polémica tremenda porque implican o acarrear una enorme cantidad de transformaciones en la sociedad. Dice Hirschman que en Latinoamérica en general, se producen leyes que proponen grandes transformaciones de diversa índole sin que nadie chiste, sin que pase nada especial. Le llamaba mucho la atención el carácter relativamente tranquilo del proceso a través del cual en Latinoamérica se producen, por ejemplo, importantes Leyes de Reforma Agraria sin que aparentemente nadie se ponga demasiado bravo o haga demasiada resistencia.

Decía Hirschman y toda una corriente de politólogos que ha trabajado sobre esta veta abierta por él, que quizá la clave de esto esté en una falla de los procesos de toma de decisiones, y especialmente de los procesos legislativos, característicos de Latinoamérica. La falla consiste en que en el proceso de elaboración de la ley los procedimientos de consulta y de audición de los intereses afectados por esa ley son escasos o pocos activos. Puede que se consulte pero no se oye bien la respuesta y así se produce una ley que no ha tenido en cuenta suficiente y realmente en el proceso previo de su elaboración, las opiniones de los factores afectados. Se produce, así, una ley que es producto básicamente de la actividad de los legisladores. Los sujetos afectados confían, y saben que así será, en que una vez producida la ley, van a tener suficientes medios y van a contar con suficientes mecanismos de presión

y de acción para desviar la aplicación de la ley en su caso concreto. Según Hirschman esta es una de las explicaciones de la corrupción. La corrupción sería una forma a través de la cual los intereses afectados por las leyes que no fueron adecuadamente oídos en el momento de elaboración de la ley, desvían posteriormente la aplicación de la ley en su caso concreto, pagándole al funcionario encargado de aplicarla un buen precio para que haga él una excepción, cosa que se multiplica innumerables veces.

Uno tiene la impresión —y en esto no puedo hablar con demasiada autoridad porque no me consta— de que en este caso también ocurrió un insuficiente proceso de consulta y audición de intereses afectados. Porque llama la atención, por ejemplo, la existencia de costos muy evidentes y graves de esa ley parecidos a los que mencionaba el doctor Leáñez y otros de igual monta a los cuales creo que hará referencia el doctor Njaim, y ya uno oye declaraciones, como por ejemplo las declaraciones de empresas petroleras o de gerentes de empresas del Estado, que hacen pensar que sus criterios y su opinión sobre lo que iba a significar esta ley para el funcionamiento de la empresa no fueron consultados o no fueron tenidos en cuenta.

Antes he dicho “no se oye bien la respuesta”. ¿Qué quiero decir con esto? Gustavo Tarre me decía, conversando, que ellos sí le consultaron a las petroleras y que a las petroleras la ley les parecía muy buena, pero pedían que los exceptuaran a ellos, y por supuesto, me decía Tarre, eso no podía hacerse. Pero pienso yo, se preguntó la comisión redactora de esta ley, ¿por qué las petroleras quieren que se les saque del ámbito de aplicación de esta ley? ¿Qué es lo que temen? ¿Que se les descubra en casos de corrupción? No parece. Más bien pensaría uno que se trata de temor a efectos laterales de la ley, que afecten la eficiencia de la empresa, que inhiban la iniciativa gerencial, la rapidez en los movimientos y en las decisiones. Cosas de ese tipo es lo que yo supondría que temen las petroleras. Justamente, cosas como las que son objeto de esta segunda parte de mi intervención. Eso es lo que sería “oír bien”: no solamente consultar, sino inquirir bien el sentido y las bases de la respuesta del sector consultado.

Desde el punto de vista de un politólogo, llama mucho la atención que parece no haber habido un análisis costo-beneficio en términos politológicos. ¿Cuáles son los costos de la ley, cuáles son sus beneficios, en dónde van a ser esos beneficios, en dónde van a ser esos costos, cómo sacrificar un poco de justicia en aras de otros valores que también

importan, cómo es el de la eficiencia? No todos los valores se pueden lograr de la misma forma; normalmente para lograr uno hay que sacrificar algo del otro y viceversa. Si se quiere tener una "justicia absoluta", posiblemente se aplasten otros valores. Si se quiere obtener una gestión absolutamente justa de la tarea del funcionario, o un juicio absolutamente justo de la tarea del administrador, posiblemente eso se hará a costa de iniciativa, de espontaneidad, de inventiva y a costa de tener, entonces, un funcionario temeroso y sin iniciativa, porque tiene miedo de lo que puede pasar si él hace tal o cual cosa (y desde luego, no parece haber habido un análisis de los problemas de implementación de la ley, que es un aspecto especial, particular del problema del costo lateral de la ley).

Antes hemos visto una contraposición de ideas entre el doctor Leáñez y Gustavo Tarre que apunta a lo que voy diciendo. Decía el doctor Leáñez algo así como que la justicia de la Ley de Salvaguarda le parecía una justicia severa. Me parece que con ese adjetivo el doctor Leáñez señalaba, con las limitaciones del lenguaje jurídico que no está muy diseñado para abordar este tipo de problemas, al problema de los costos laterales de una ley obsesiva. Creo que ese adjetivo expresaba una sospecha certera del doctor Leáñez. Tarre comentaba que la "justicia es la justicia" y que no admite calificativos. Exactamente: la justicia justa es la justicia que no tiene que hacer con más nada que no sea ella misma, y que se lleva en su camino cualquier otro tipo de consideración, cualquier otro tipo de valores. Y concluyo este punto diciendo, como resumen, que la justicia sin más, que la justicia absoluta es una justicia injusta.

En ese sentido, creo que aquí se podría aplicar —como en toda ley— la frase de Clemenceau sobre los militares. Clemenceau dijo que la guerra era un asunto demasiado importante para dejarla en manos de los militares, y yo también diría en este caso, que toda ley es un asunto demasiado importante para dejarlo exclusivamente en manos de legisladores.

Yo preveo, por los importantes costos laterales que creo que tiene esta ley, que lo probable es que a mediano e incluso a corto plazo, al hacerse evidentes estos costos, se produzca un aflojamiento en la aplicación de la ley. Algo parecido a lo que el doctor Leáñez sugería cuando pedía prudencia en la interpretación. El lo decía en el lenguaje jurídico, yo lo digo quizás en un lenguaje más coloquial: creo que se va a producir un aflojamiento en los criterios de aplicación de la ley, cuando se empiecen a hacer evidentes varios de los costos que tiene.

Y este aflojamiento —me parece a mí— es previsible que conduzca a cosas como una politización en la aplicación de la ley a una aplicación selectiva de la ley, hecha con criterios coyunturales y no es improbable que en esos criterios coyunturales intervengan criterios de tipo político.

Otra de las cosas que puede ocurrir es hasta cómica. Antes hemos dicho que la corrupción es una de las vías por las cuales los sectores afectados por una ley pueden desviar o impedir la aplicación de la ley en su caso concreto. Y dijimos que eso ocurría en parte porque los procesos de formación de la ley eran defectuosos en cuanto a consulta y audición. También vimos que esto parece haber ocurrido con esta ley. Así que nos encontraríamos con esta poco estimulante conclusión: no sería raro que la corrupción hiciese su aparición para desviar en casos concretos la aplicación de la ley contra la corrupción. La corrupción sería una forma de impedir la aplicación general de la ley contra la corrupción. Así que la politización de la aplicación de la ley y la co-corrupción podrían ser dos de las formas que determinarían en qué casos concretos y de qué forma concreta se aplicará una ley que presumiblemente será de aplicación selectiva.

Antes de concluir, quisiera hablar un poco de los posibles beneficios de la ley. Por una parte estarían los beneficios directos de la ley: es decir, el castigo de personas incursoas en las faltas y delitos previstos en la ley, y lo que ese castigo o su amenaza pueda tener como efecto disuasorio. Con todas las reservas que se desprenden de todo lo que he dicho en esta intervención, creo que ese beneficio directo se dará en alguna medida imposible de determinar *a priori* (y tal vez también *a posteriori*: ¿cómo saber la magnitud del efecto disuasorio?, ¿cómo saber que un hecho de corrupción que no se dio hubiera ocurrido si no hubiera existido la ley?). En cuanto a los beneficios indirectos mencionaría el que ya cité de la catarsis: las sociedades necesitan hacer que hacen cosas para resolver los problemas que más las irritan y laceran. Con esta ley hacen catarsis tanto las élites política y económica como la población en general: ¡por fin vamos a castigar a los corruptos! También satisface esta ley un hábito de nuestra cultura política que llamaría la manía legislativa, la creencia de que las cosas se resuelven a punta de leyes. Yo no sabría decir hasta qué punto la satisfacción de un hábito de nuestra cultura política es en sí misma un beneficio, sobre todo si ese hábito es en realidad una manía y se basa en una creencia errónea. Pero pongámosla en este lugar y dejemos que cada uno de ustedes juzgue si se trata de un beneficio, de un costo o de una combinación de las dos cosas.

Quiero hacer una consideración que no sé en qué lugar de esta intervención cabría. Hay personas que afirman que la corrupción en Venezuela ha llegado a niveles críticos que la convierten en una amenaza directa a la estabilidad democrática, y que con la aprobación de esta ley la democracia venezolana algo así como que se juega la vida, “porque ahora sí que no va haber excusa para dejar impune a la corrupción”. Digo que esas consideraciones me parecen muy ingenuas y alejadas de la realidad de la Venezuela actual. En primer lugar, no es por falta de instrumentos legales que la corrupción no se castiga en Venezuela. Entre la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito y el Código Penal abarcan al menos las principales formas de corrupción. En segundo lugar, la no aplicación, o la aplicación no muy rigurosa de esa ley, no va a causar, creo, ninguna desilusión especial. Pasará a engrosar el montón de leyes que no se aplican o se aplican “permisivamente”. En tercer lugar, la corrupción es sólo —y no estoy nada seguro de que sea el principal— uno de los factores que debilitan la legitimidad del sistema democrático y pienso que su particular capacidad irritante viene de que hace juego con otros factores deslegitimadores más importantes - injusticia social, ineficiencia de servicios, por ejemplo -, que brindan un marco donde la corrupción se convierte en algo particularmente indignante (“estos servicios así, y encima roban”) y que son más importantes que la corrupción misma e indispensables para que la corrupción tenga un potencial desestabilizador significativo. Yo sé que eso va contra una opinión muy corriente, asentada incluso en encuestas, según la cual la corrupción es la principal fuente de peligro para la estabilidad de la democracia. Pero quiero adelantar mi sospecha —que en este momento no puedo confirmar con ningún dato— de que ahí hay en realidad una ilusión óptica y de que la corrupción es tan indignante, porque descansa en y/o completa un cuadro de defectos que le otorgan una capacidad de irritar que por sí misma y ella sola no tendría.

En cuarto lugar, la corrupción es un hecho en general asimilado por nuestro sistema político, por lo menos en las dosis actualmente existente. En definitiva, no es por la corrupción y por su impunidad que la democracia caería. A lo más, sería la gota que rebasa el vaso. (Lamento muchísimo, señores, el tono neutro que he debido adoptar en esta parte, y en otras partes de mi intervención, respecto a un fenómeno moralmente tan repugnante).

Para concluir voy a formular unos deseos que no tengo por qué negar y que aparentemente no cuadran muy bien con el tono de mi in-

tervención. Es posible cuadrarlos, pero tendría que entrar aquí en un tipo de sutilezas y matizaciones un poco agotadoras y excesivamente extensas. Así que formulo sin más esos deseos, que no son sino tres: ojalá la ley se aplique y exista un núcleo de funcionarios suficientemente numeroso y valiente como para aplicar la ley con una frecuencia razonable, que logre sus beneficios, esquive sus obstáculos y evite o disminuya sus costos. Ojalá que esta aplicación razonable de la ley lleve o acerque la corrupción a lo que alguna vez alguien ha llamado su estado de equilibrio, es decir, que no sea tan grande que ponga en peligro el sistema democrático, pero sabiendo que nunca llegará a estar en cero.

Y finalmente, ojalá que la ley —y esto creo que puede alcanzarse— llegue a ser un elemento no insignificante de una larga marcha contra la corrupción, que es como decir una larga lucha y una larga marcha por la transformación de Venezuela. Muchas gracias.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

GUSTAVO URDANETA TROCONIS

El título de la exposición que me corresponde hacer ("El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público") es bastante amplio y sugiere que esta conferencia debería tener un carácter introductorio y que estaría destinada a esbozar, a manera de panorámica, las principales relaciones y posibles influencias entre esta Ley y el Derecho Administrativo, de manera de servir así de introducción a otras conferencias que desarrollarían esos diferentes aspectos específicos. Sin embargo, su ubicación en el tiempo, prácticamente al final del evento, determina que esta exposición debe ser más bien una especie de conclusión general de los aspectos en que se vincula esta Ley con el Derecho Administrativo, ya desarrollados por otros conferencistas.

De todas maneras, creo que aún es muy pronto para llegar a conclusiones y me limitaré a hacer más bien algunos comentarios iniciales que me suscita —como persona preocupada que soy por el campo jurídico-administrativo— la lectura de esta Ley. Desarrollaré estas reflexiones en cuatro partes. La primera de ellas estará destinada a comentar lo que a mi juicio constituye el carácter resaltante de este texto legal, como lo es el de ser un instrumento normativo de carácter penal más que administrativo. En las otras tres partes haré algunos comentarios sobre otras tantas nociones del Derecho Administrativo, respecto de las cuales incide de alguna manera esta Ley: me refiero a la noción de funcionario público, la de patrimonio público y la de responsabilidad administrativa.

I

CARÁCTER PENAL, Y NO ADMINISTRATIVO, DE UNA LEY DESTINADA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En primer lugar, debo aclarar eso de que la Ley está destinada a la Administración. En puridad de conceptos, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público no está destinada solamente a la Administración, sino a todos los poderes del Estado en su conjunto, en la medida en que se vinculen con el objeto protegido por la misma, que es el Patrimonio Público. Pero es evidente que, de hecho, es sólo una parte del Estado, esa parte que se llama Administración Pública, la que se vincula más estrecha, más profunda y más cotidianamente con ese objeto protegido, por lo que será ella, en la práctica, la destinataria privilegiada —si es que se puede considerar esto un privilegio— de las disposiciones de esta Ley.

Ahora bien, esta Ley, dirigida primordialmente a la Administración, no es, paradójicamente, una ley administrativa, o no lo es de manera principal. Por el contrario, su carácter es acentuadamente penal o, de una manera más general, represivo. Ese carácter deriva de una opción política en relación a la manera en cómo debían enfrentarse los gravísimos problemas de la corrupción administrativa y del despilfarro de los recursos públicos. La opción escogida fue la de enfrentarlos a través de la represión. Ese carácter penal y represivo, incluso muy severo, ha sido suficientemente destacado por todos en este evento, algunos criticándolo y otros celebrándolo. No voy, pues, a insistir en él.

Pero sí me gustaría no pasar por alto el señalamiento de que pueden existir otras vías, más bien de tipo preventivo, para enfrentarse a tan graves problemas. Me refiero, en particular, a la necesidad de crear y establecer mecanismos e instrumentos operativos para la actuación de la Administración que le permitan lograr conductas y decisiones correctas y que, por el contrario, impidan o minimicen al máximo la posibilidad o el riesgo de que se tomen conductas y acciones incorrectas, contrarias al patrimonio público y, más ampliamente, al interés público o general. A cualquiera que desprevenidamente lea esta Ley, seguramente le sorprenderá encontrar en ella sanciones a ciertas conductas que sencillamente no debería ser posible que se dieran, como es el caso de las multas previstas para quien contrate personal innecesario para el funcionamiento del organismo o para quien ordene erogaciones excesivas para gastos de escritorio o de papelería. Si tales conductas pueden

darse hoy día en la Administración Pública (y sabemos que lamentablemente sí es posible) es porque no existen las normas y procedimientos internos adecuados en materia de programación y elaboración de presupuestos, que lleven a determinar *a priori*, cuáles son las verdaderas necesidades de los organismos; de existir y de aplicarse esas normas y procedimientos, no tendrían sentido estas sanciones, puesto que no le sería posible al funcionario decidir, contratar personal o adquirir materiales por encima de las necesidades del organismo. En cambio, en ausencia de ellos, muy probablemente el funcionario —dotado, incluso sin quererlo, de discrecionalidad para tales decisiones— tomará decisiones erradas y lesivas al patrimonio público, y ello no necesariamente por mala fe, sino simplemente por carecer de parámetros objetivos y de mecanismos procedimentales preestablecidos.

Hay, pues, todo un esfuerzo que debe realizarse en este sentido, lo cual, por lo demás, no se plantea exclusivamente en relación con la protección del patrimonio público, sino más generalmente en relación con la necesaria modernización de la Administración Pública en todos sus aspectos. No debe olvidarse que la Administración está en mora, desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la redacción y publicación de manuales de organización y de procedimientos internos que objetivicen y racionalicen la actuación administrativa.

En este sentido me parece alentador el anuncio que hizo en este evento el doctor Manuel Rachadell, en el sentido de que la Comisión de Administración Pública tiene la inquietud de promover la elaboración y la puesta en práctica de este tipo de mecanismos instrumentales y operativos, en materia de programación y presupuesto, en materia de manejo de personal, etc., que serían precisamente instrumentos preventivos, de carácter administrativo, y no instrumentos sancionatorios y represivos.

En todo caso, lo que me interesa destacar de esto, a los efectos de mi análisis, es la consecuencia lógica derivada del haberse optado en forma exclusiva por este instrumento normativo de carácter represivo: como esta Ley es el único remedio al cual se ha echado mano, es imprescindible entonces —en la mente del proyectista— que el mismo sea, por una parte, lo más englobante posible porque debe tratarse de que nada ni nadie escape del mismo; y por otra, debe ser lo más radical y severo posible. De ello resulta una tendencia expansiva, una actitud extensiva que se percibe en todo el texto de la Ley y que determina en particular la concepción amplia, a veces exagerada, con que se ma-

nejan ciertos conceptos e instituciones que, al menos en Derecho Administrativo, tienen una connotación mucho más precisa, más delimitada, más técnica. A ello yo quiero hacer referencia en las siguientes partes de la exposición.

II

LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La noción de funcionario o empleado público es, como se sabe, uno de los conceptos más importantes del Derecho Administrativo, dentro de la teoría general de la función pública. Desde el punto de vista jurídico-administrativo, la expresión funcionario público tiene una connotación bastante precisa.

Ahora bien, la noción de funcionario o empleado público constituye un elemento fundamental de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en razón de que configura el sujeto pasivo —como se le ha dicho aquí en estas Jornadas— o, más precisamente, el *destinatario* por excelencia de dicha Ley. En efecto, el artículo 1º de la Ley, al precisar los objetivos de la misma, señala como uno de ellos el “hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los *funcionarios y empleados públicos* y demás personas que se indican en ella”. Esta última referencia a otras personas pone de relieve, sin embargo, que el funcionario o empleado público es el destinatario por excelencia, pero no el exclusivo de este texto legal, a diferencia de lo que ocurría con la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, antecedente inmediato de esta Ley.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley Orgánica de Salvaguarda define qué debe entenderse por “funcionario o empleado público”, haciendo la salvedad de que tal definición se hace a los efectos de la propia Ley, por lo que no pretende ser una definición genérica, válida para todos los efectos jurídicos (definición genérica de funcionario público que, por lo demás, no existe en ningún texto legal positivo en Venezuela, ni siquiera en la Ley de Carrera Administrativa).

La derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito había adoptado una técnica semejante: definía, a sus propios efectos, la noción de funcionario o empleado público, noción en torno a la cual luego hacía girar —de manera exclusiva, y esto es una diferencia con la Ley de Salva-

guarda— todas las instituciones y mecanismos que la misma creaba.¹ Debe señalarse de paso que dicha Ley asimilaba las nociones de funcionario y de empleados público, lo que constituye una semejanza con la nueva Ley de Salvaguarda; de este modo, ambas leyes se inscriben dentro de la tendencia dominante en nuestro derecho positivo, que ha optado por no diferenciar entre funcionario y empleado público, a pesar de ciertos intentos doctrinales por señalar diferencias entre ambas nociones.² Pero lo que importa ahora hacer notar es que esa definición de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito no coincidía, por ser más amplia, con la noción genérica o común de funcionario o empleado público, tal como se entiende normalmente en el Derecho Administrativo y, en particular, con la definición que nuestra doctrina y jurisprudencia habían elaborado por la interpretación de la Ley de Carrera Administrativa; esa diferencia, consistente en una noción sensiblemente más amplia en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, era comprensible, por la diversidad de intereses tutelados en uno y otro texto legal.

Ahora bien, dentro de su tendencia expansiva o extensiva, la nueva Ley de Salvaguarda, al definir la noción de funcionario o empleado público, ha extendido aún más la ya amplia noción que contenía la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito. Esa ampliación o extensión de la noción se manifiesta en los tres numerales que conforman la lista que utiliza el artículo 2º de la Ley de Salvaguarda para definir la noción. Esto tiene una gran importancia práctica, porque de esa manera se amplía el campo subjetivo de aplicación de la Ley y se incluyen casos que habían quedado fuera de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito por la interpretación restrictiva que de ella había hecho la doctrina administrativa (la Procuraduría General y la Contraloría General, particularmente), en atención a su carácter penal.

Veamos ahora el artículo 2º de la Ley de Salvaguarda, en el cual, como sabemos, está contenido el concepto de funcionario o empleado público. Dicho artículo comprende tres numerales, en los cuales el legislador tuvo la intención de establecer tres categorías diferentes de funcionarios o empleados públicos. Analicémoslos sucesivamente, señalando en cada uno de ellos los elementos con los que, en cada caso, se intenta ampliar la noción de funcionario o empleado público.

1. Ezra Mizrachi: "El concepto de funcionario público en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos", en *Revista de Derecho Público*, Nº 4, Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre 1980, pp. 40 y 46.
2. Cfr. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª Edición, Caracas, 1978, pp. 375 y ss.

1. Categoría prevista en el numeral 1: los funcionarios "propiamente dichos"

Según el primer numeral del artículo comentado, se consideran funcionarios o empleados públicos "a todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República de las Entidades Federales, Municipios, de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades".

Este primer grupo de funcionarios públicos coincide, a grandes rasgos, con el concepto tradicional que la doctrina jurídica-administrativa hace de funcionario público, ya sea que se utilice como criterio determinante el ejercicio de una función pública o el de la relación de empleo público, que son los dos criterios fundamentalmente utilizados para determinar este concepto. Y, por otra parte, también coincide muy de cerca con el primer supuesto que contemplaba la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito. Frente a este último, se notan, sin embargo, ciertas modificaciones, constituidas por dos expresiones que se añadieron en el texto de la Ley de Salvaguarda, con las que se amplía notablemente el concepto.

La más significativa de esas expresiones es la referente al posible origen contractual de la relación funcionarial. En efecto, mientras la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito consideraba funcionarios a "todos los que estén investidos de funciones públicas... sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" (es decir, señalaba sólo dos posibles orígenes de la relación), en cambio la Ley de Salvaguarda dice: "todos los que estén investidos de funciones públicas... originadas por elección, por nombramiento o *contrato* otorgado por la autoridad competente".

Esto se inscribe dentro de un problema bastante debatido en torno al primero de los elementos que tradicionalmente se señalan como constitutivos de la definición de funcionario público, que es precisamente el referido a la manera de ingresar a la función pública. En efecto, de manera prácticamente unánime se admite que el ingreso a la función pública sólo puede producirse por alguno de los modos de designación previstos en las leyes, que son siempre de Derecho Público: nombramiento, con o sin concurso previo, y elección, esencialmente (aun cuando se señalan otros, tales como el sorteo, pero éste es más bien un caso

excepcional). Todos estos medios se caracterizan porque son mecanismos unilaterales, en el sentido de que en ellos no interviene la voluntad del aspirante a funcionario público, y ello se fundamenta en que la naturaleza de la relación de empleo público es estatutaria (establecida unilateralmente por el Estado, a diferencia de la relación laboral normal) y, por tanto, no puede ser objeto de acuerdos de voluntad. Es de señalar que en el caso específico de la Ley de Carrera Administrativa no se contempla el contrato como posible fórmula de ingreso a la función pública. De allí que la tendencia dominante en Venezuela es la de considerar que las personas —por cierto bastante numerosas— que trabajan para la Administración en calidad de contratados no son verdaderamente funcionarios y que no se rigen por la Ley de Carrera Administrativa, sino por las cláusulas del contrato y por la Ley del Trabajo, la cual, como se sabe, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos (Art. 6).

Sin embargo, tanto la doctrina³ como la jurisprudencia del Tribunal de Carrera Administrativa y de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo, han comenzado a admitir que la relación jurídica entre el funcionario público y el Estado puede tener su origen en un contrato, “debiendo tomarse en cuenta para tales fines la naturaleza de la tarea que el contratado realiza”;⁴ expresamente ha admitido la jurisprudencia que el hecho de que una persona esté trabajando para la Administración, habiendo iniciado su relación bajo la forma de un contrato, no excluye de plano y en todo caso la posibilidad de que esa persona sea considerada funcionario público; este último carácter se ha admitido al menos “cuando se trate de contratos de servicios por tiempo limitado de profesionales especializados o para prestación de asesoramiento y consulta”.⁵ Sin embargo, debe señalarse que esta posición jurisprudencial no está totalmente consolidada, pues en otras sentencias, incluso más recientes, se ha insistido en que sólo se puede ingresar a la función pública por nombramiento.⁶

3. Ver Hildegard Rondón de Sansó: *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*, Ed. Magón, Caracas, 1974, pp. 152-153. Ver también Armida Quintana Matos: *La Carrera Administrativa*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 42-45.

4. Ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 27-5-1980, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, pp. 189-190.

5. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 9-6-1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1981, p. 181.

6. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de fecha 5-11-1981, en *Revista de Derecho Público*, N° 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, octubre-diciembre 1981, p. 150.

Resulta, pues, significativa la inclusión de la expresión “por contrato” en la Ley de Salvaguarda, por cuanto se inscribe en el sentido de esa evolución jurisprudencial, la cual, por lo demás, no hace más que recoger o no desconocer una situación muy frecuente en la realidad de nuestra Administración, como es la de los “funcionarios contratados”. Podría pensarse, pues, que esta Ley —aunque, insistimos, es sólo a sus efectos— da un espaldarazo a la posición según la cual la relación funcional puede tener un origen contractual. Sin embargo, no deja de ser curioso el hecho de que la propia Ley, en el artículo 107, cuando habla de la obligación que tienen los organismos sujetos a la misma de enviar las nóminas anualmente a la Oficina Central de Personal, dice que esas nóminas deben abarcar “tanto a los funcionarios como al personal contratado”, como si estuviera olvidando que antes, en este numeral del artículo 2º, precisó que el personal contratado está incluido en su noción de funcionarios públicos.

La otra modificación que aporta la Ley de Salvaguarda en la disposición comentada frente a la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, en lo que se refiere a este concepto —digámoslo así— tradicional de funcionario público, es la de que se amplía el campo de los entes públicos no territoriales cuyo personal debe considerarse funcionario o empleado público. En efecto, la Ley derogada consideraba como tales a quienes estuvieran “al servicio de la República (y demás entidades públicas territoriales, en esto no hay cambio sustancial, sino de términos) o de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades”, mientras que la Ley de Salvaguarda dice: “o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela *o de cualquier otro tipo* por parte de dichas entidades”.

La modificación se produce en la manera de identificar a esos entes públicos no territoriales, cuyo personal se considera funcionario o empleado público: antes, los sometidos a control de tutela, y ahora, tanto los sometidos a esa forma como a cualquier otro tipo de control.

Esa modificación —como se ve claramente— es también extensiva o amplificativa, y hace referencia al hecho de que en la teoría jurídico-administrativa por “control de tutela” (o de adscripción, que es la expresión más usual en nuestras leyes) se entiende el ejercido por la Administración Central sobre los institutos autónomos, y no sobre los otros entes públicos descentralizados. Así, por ejemplo, en relación con las Universidades Nacionales, consideradas por muchos no como institutos

autónomos, sino como entes públicos corporativos —otra categoría de entes públicos no territoriales—, hay resistencias a calificar el control que sobre ellas ejerce el Consejo Nacional de Universidades (y no un Ministro, como sucede en el caso de la adscripción) como propiamente de tutela, sino más bien como un control de otro tipo.⁷ Algo similar sucede en el caso de los llamados por un sector importante de la doctrina “entes públicos asociativos” (es decir, aquellos que, como el Banco Central de Venezuela, tienen forma de sociedad mercantil, pero han sido creados por ley y ésta les acuerda el carácter de personas jurídico-públicas), donde tampoco hay un verdadero control de tutela, sino el llamado control accionarial.⁸

Con la nueva redacción de la Ley de Salvaguarda, no habrá ya posibilidad de dudas respecto a que no sólo los empleados al servicio de los institutos autónomos, sino de todos los demás entes públicos no territoriales, sometidos a cualquier tipo de control por parte de la Administración Central, quedan incluidos dentro del concepto amplio de funcionario o empleado público, a los efectos de esta Ley.

Sin embargo, a pesar de tal amplitud, podría pensarse que quedan fuera entes como los Colegios Profesionales, los cuales son considerados por la doctrina y últimamente por la jurisprudencia⁹ como establecimientos públicos corporativos y que dictan actos administrativos, susceptibles, por tanto, de ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa; sin embargo, no estando sometidos a control de tutela ni de otro tipo por la Administración, escaparían de esta disposición, lo cual por lo demás parece razonable, en virtud de no encontrarse vinculados directamente a los intereses patrimoniales del Estado. Pero quizás esto nos demuestra más bien que el criterio empleado, el de la existencia de algún tipo de control por parte de la Administración Central, es adecuado, pues éste está generalmente asociado a la presencia de intereses patrimoniales del Estado.

7. En tal sentido, Allan Brewer-Carías: *Fundamentos de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 224; también, Armando Rodríguez y Gustavo Urdaneta Troconis: *Derecho Administrativo*, Universidad Nacional Abierta, Caracas, 1981, p. 164.

8. Ver A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis, *ob. cit.*, p. 164.

9. Ver sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de 11-5-1980, en *Revista de Derecho Público*, N° 3, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, julio-septiembre 1980, p. 104. Ya en fecha anterior, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (sentencia de 13-1-76, citada en la anterior) había reconocido que la actividad reglamentaria de esos colegios “constituye el ejercicio de un servicio público” y que sus decisiones tienen las características de actos administrativos.

2. *Categoría prevista en el numeral 2: los funcionarios "por ficción legal"*

El segundo grupo de personas que este artículo considera funcionarios o empleados públicos se refiere a "los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4 de esta Ley (donde se define el patrimonio público o, mejor, donde se señala la lista de entes que son titulares del mismo), igual o mayor al 50 por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio".

En relación con este segundo grupo de funcionarios, debe señalarse que ya también la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito lo contemplaba como tales (Art. 2º, Ord. 3º). La doctrina, tanto administrativa como de autores, había tenido la oportunidad de poner en evidencia la amplitud de criterio demostrado por esa Ley al catalogar a estas personas como funcionarios públicos. En particular, la Procuraduría General de la República había puesto de relieve "que el concepto de funcionario público que nos da la ley (contra el Enriquecimiento Ilícito) es un concepto muy amplio, amplitud que se pone de manifiesto siempre que el legislador venezolano dicta leyes que protejan los intereses pecuniarios del Estado".¹⁰

Pero, ¿en qué consiste esa amplitud? Sencillamente en que, aun cuando las empresas propiedad del Estado forman parte, por esa vinculación "dominical", de la estructura estatal y constituyen, según la casi unanimidad de la doctrina, entes de la Administración Descentralizada, sin embargo no tienen carácter público, sino que son personas jurídico-privadas (aunque estatales) y, por tanto, se rigen predominantemente por las normas del Derecho Privado. De allí que no parece apropiado considerar al personal a su servicio dentro del funcionariado público; y esto lo recoge expresamente nuestro derecho positivo, al dejar que las relaciones entre dicho personal y sus empleadores (que son las empresas estatales) se rijan por las normas laborales comunes.

En razón de ello, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias había considerado como una "ficción legal" la declaratoria de funciona-

10. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1977, Caracas, 1978, pp. 122.

rios públicos a estas personas, hecha por la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, "por no derivar su carácter de funcionario o empleado público de la circunstancia de estar investidas de una función pública o de desempeñar un cargo público".¹¹ Quedaba claro, pues, que el carácter de funcionario lo tenían a los solos efectos de esa Ley.

Ahora bien, el ya amplio criterio que en este punto demostraba la Ley derogada ha sido extendido aún más por la nueva Ley, en varios aspectos que paso en seguida a enumerar:

A. En primer lugar, donde la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito decía: "Los administradores de sociedades civiles o mercantiles", la Ley de Salvaguarda dice: "los *directores* y administradores". Algunos ya han opinado en ese evento, como el doctor Mélich, que la inclusión de los "directores" no añade nada, puesto que ambas expresiones deben entenderse como sinónimas, tomando en cuenta la normativa del Código de Comercio. Sin embargo, otros como el doctor Brewer, han sostenido que la intención de la Ley de Salvaguarda en este punto fue precisamente la de extender el campo de los sujetos a ella sometidos, que no lo habrían estado de haberse mantenido la antigua redacción. Se trata, pues, de una cuestión de interpretación, que ha de ser solucionada por la jurisprudencia, pero que en todo caso abre la posibilidad de una extensión mayor del concepto de funcionario público.

B. La segunda ampliación de la Ley de Salvaguarda en este punto consiste en que, además de las "sociedades civiles y mercantiles" que estaban contempladas en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, incluye a las "fundaciones y otras personas jurídicas", con lo cual quiso claramente adaptarse a la evolución de la realidad administrativa venezolana, en la cual se evidencia que la descentralización administrativa con forma de derecho privado ya no se hace sólo por medio de la figura de las sociedades, sino además, y en forma creciente, a través de otros tipos de figuras subjetivas de carácter privado, especialmente la de las fundaciones. Los directores y administradores de estos otros tipos de figuras jurídico-privadas deben, pues, añadirse a la lista de funcionarios públicos "por ficción legal".

C. La tercera modificación se da porque, mientras en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito los administradores que se consideraban funcionarios eran aquellos cuya elección o designación dependiera del gobierno de la República, de los Estados, de las Municipalidades o de los

11. Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 13-8-1964, en *Gaceta Forense*, Nº 45, Segunda Etapa, Caracas, 1967, p. 265.

institutos autónomos, en cambio la Ley de Salvaguarda introduce aquí una doble ampliación:

a) Por una parte, porque ya no son sólo los administradores designados por un ente público, sino que son *todos* los directores y administradores, independientemente de *por quién* sean designados, con lo que en el caso de las empresas mixtas quedan abarcados incluso los designados por el sector privado, siempre que la participación estatal sea igual o superior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio de la empresa; con esto, evidentemente, se quiso superar la interpretación restrictiva que al respecto había hecho la doctrina administrativa.¹² La solución de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, basada en el criterio del carácter público o privado de quien hace la designación, se dejó sólo para los casos de empresas con participación estatal minoritaria (inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio).

b) Por otra parte, porque la referencia a la República, Estados, Municipios e institutos autónomos se ha ampliado, al establecerse que las sociedades, fundaciones y otras personas privadas descritas en este numeral son aquellas cuyo capital o patrimonio esté integrado con aportes "de las entidades mencionadas en el artículo 4º" (es decir, el artículo que define el patrimonio público), en el cual no sólo se señalan esos cuatro tipos de entes públicos (República, Estados, Municipios e institutos autónomos), sino también otras categorías de entes, tales como las demás personas jurídicas de derecho público (numeral 3), las sociedades con participación pública decisiva (numerales 4 y 5) y las fundaciones constituidas y dirigidas por alguna de las personas anteriormente señaladas (numeral 6). No hay necesidad de insistir en que tal disposición extiende enormemente el campo de las personas que la Ley de Salvaguarda considera funcionarios públicos, por esa vía de la "ficción legal" a que hacía referencia la Corte Suprema.

3. *Categoría prevista en el numeral 3: ¿noción "residual" de funcionario?*

En el tercer numeral del artículo que estamos comentando, la pretensión expansiva de esta Ley rebasa con creces todo lo que hasta ahora hemos señalado. En efecto, tal disposición considera funcionario o em-

12. Ver, por ejemplo, *Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República (1969-1976)*, Tomo V, Ediciones de la Contraloría General, Caracas, 1976, pp. 612 y ss.; y *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1965, Caracas, 1966, p. 49.

pleado público "a cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente Ley". Pareciera que, temiendo haber dejado fuera algún posible supuesto o queriendo cerrar el paso a eventuales interpretaciones restrictivas, abrió una especie de noción "residual" de funcionario público.

Es de hacer notar al respecto que con la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito se había planteado el problema de que la misma se estructuraba exclusivamente en torno a la noción de funcionario o empleado público, cuya condición era lo que determinaba la aplicación de las instituciones de dicha Ley: la obligación de presentar declaración jurada, la tipificación del enriquecimiento ilícito, etc. Sin embargo, en la misma Ley se mencionaba, a ciertos y determinados efectos, a otras personas que no entraban dentro del concepto que la misma daba de funcionario, como en el caso de la norma que imponía la obligación a los particulares de colaborar y de informar en las investigaciones que hiciera la Comisión (Art. 16). Ante ello, la doctrina había sido enfática al aclarar que esa circunstancia no les confería el carácter de funcionarios públicos ni, por ende, los hacía destinatarios de la Ley.¹³ Parece razonable pensar, entonces, que el motivo de la inclusión de este numeral 3 fue el deseo de evitar cualquier interpretación restrictiva en relación con el alcance de la Ley de Salvaguarda.

Ahora bien, examinada más de cerca, esta prudencial previsión se nos muestra como innecesaria, generadora de posibles complicaciones y, en definitiva, inútil.

Innecesaria, porque la Ley de Salvaguarda no se dirige exclusivamente a los funcionarios públicos: en su artículo 1º se señalan expresamente como destinatarios "los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indiquen en ella". Si, tomando como modelo la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, la de Salvaguarda hubiera restringido sus destinatarios a los solos funcionarios públicos, habría sido comprensible que luego, al decir qué debe entenderse por tales funcionarios, hubiera utilizado el criterio más amplio posible, y ello habría justificado este numeral 3. Pero, el haber ampliado el campo de sus destinatarios como lo hizo en el artículo 1º, era suficiente para superar la dificultad que presentaba la Ley derogada y ello hacía totalmente innecesario este numeral 3.

Ahora bien, si se tratara sólo de una previsión simplemente innecesaria, no tendría mayor importancia, conforme al dicho popular de que "lo que abunda, no daña". Pero lo grave es que, además, tal dis-

13. Ezra Miztachi, *ob. cit.*, pp. 46 y ss.

posición es susceptible de generar complicaciones en cuanto a la interpretación y aplicación de la Ley. Estas complicaciones pueden producirse por la deficiente técnica legislativa demostrada en este punto por la Ley de Salvaguarda, al utilizar un complicado e innecesario juego de remisiones recíprocas. En efecto, el numeral 3 comentado remite, como vimos, a otras disposiciones de la Ley. Pero gran parte de las disposiciones de éste remiten, a su vez, a este artículo 2º; así, por ejemplo, el artículo 5º señala que están obligadas a hacer declaración jurada de patrimonio "las personas señaladas en el artículo 2º de la Ley"; los delitos previstos en los artículos 58 y 59 pueden ser cometidos por "cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2º de la presente Ley", etc. Por otra parte, al igual como la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito mencionaba a personas diferentes a los funcionarios públicos, también la Ley de Salvaguarda menciona en su articulado a una serie de personas que de ninguna manera podríamos considerar como funcionarios en el sentido propio del término: por ejemplo, el ya muy comentado caso del médico, contemplado en el artículo 74, o el de los particulares e institutos bancarios que, según el artículo 10, deben colaborar suministrando información a la Contraloría, o el de los contratistas, a quienes se puede solicitar declaración jurada de patrimonio, conforme al artículo 14.

El problema que podría derivarse de todo ello puede formularse así: ¿toda persona que la Ley mencione adquiere —en virtud de la remisión genérica del numeral 3 del artículo 2º— la condición de funcionario a los efectos de dicha Ley, aplicándosele, por ende, toda la normativa destinada específicamente a los funcionarios? Y así, por ejemplo, los artículos 32 y siguientes, que regulan la responsabilidad administrativa como una institución referida específicamente a los funcionarios, ¿podrían también aplicárseles a los médicos, a los institutos bancarios o a los contratistas, argumentándose que, por estar mencionados en la Ley, son funcionarios públicos, en virtud del numeral 3 del artículo 2º?

Me parece que no es razonable sostener tal cosa; además, creo que el propio articulado de la Ley suministra argumentos para negar una interpretación como esa, pero un análisis de este tipo excedería los límites de esta ponencia. Baste decir que, en múltiples disposiciones, la Ley distingue entre funcionarios y "otras personas" (por ejemplo, los delitos contemplados en los artículos 63 y 64; el artículo 102, en materia de prescripción de las acciones, etc.). Ello significa, sin duda alguna, que, en la intención del legislador, el que a esas otras personas se las mencione a fin de aplicarles ciertos y definidos aspectos de la Ley, no les confiere el carácter de funcionarios públicos.

De todo ello parece deducirse que este numeral 3, además de innecesario y generador de confusiones, es también inútil o irrelevante, en el sentido de que no produce ningún efecto, no añade nada: los funcionarios son los señalados positivamente en los numerales 1 y 2; a las otras personas señaladas en la Ley se les aplicará lo dispuesto en la norma que los señale, pero nada más y, en particular, no les serán aplicables las obligaciones y responsabilidades previstas para los verdaderos funcionarios. En definitiva, la categoría de funcionarios públicos prevista en el numeral 3 es una categoría vacía.

Debo, sin embargo, admitir que ésta es sólo mi opinión. Pero hay aquí, evidentemente, una puerta abierta para la eventual aplicación aún más extensiva de la Ley.

III

LA NOCIÓN DE PATRIMONIO PÚBLICO

La segunda noción del Derecho Administrativo respecto de la cual tiene alguna incidencia la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público es, precisamente, la de patrimonio público. Voy a hacer algunos breves comentarios en relación con esta noción, la cual, en efecto, se vincula con uno de los temas propios del Derecho Administrativo, como lo es el del régimen de los bienes públicos. En Venezuela, como es sabido, los bienes se clasifican en públicos y privados, según las personas a quienes pertenecen;¹⁴ los pertenecientes a personas jurídicas de carácter público son bienes públicos y están sometidos a un régimen jurídico-administrativo,¹⁵ diferente del aplicable a los bienes privados, que son los pertenecientes a las personas privadas.

Ahora bien, la noción de patrimonio público es un elemento clave de la Ley que estamos comentando, puesto que constituye precisamente el objeto protegido por ella, al cual pretende salvaguardar, como su mismo nombre lo indica. Es por ello que una de las primeras cosas que hace esta Ley es justamente definir qué debe entenderse por patrimonio público; veamos más detenidamente esta definición y constata-

14. Artículo 538 del Código Civil.

15. Sería más preciso decir: "a diferentes regímenes jurídico-administrativos", pues éstos varían según el tipo de interés tutelado. Ver Ana María Ruggeri: *Ordenación Sistemática de la Legislación Vigente sobre Bienes del Estado. Tomo Introductorio*; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, mimeografiado, p. 13.

remos que en la misma está presente la misma tendencia expansiva a que hemos hecho referencia repetidamente.

1. *Definición legal de patrimonio público*

La definición de patrimonio público nos es ofrecida por el artículo 4º de la Ley, en el cual se señala que debe considerarse tal el "que corresponde por cualquier título" a alguno de los entes enumerados en una larga lista contenida en seis numerales.

A los efectos de sistematizar esa lista, podemos ordenar los entes en ella señalados en tres categorías, según una clasificación que se inspira en la posición dominante en nuestra doctrina jurídico-administrativa relativa a las figuras subjetivas del Derecho Administrativo:¹⁶

a) Las personas públicas territoriales: la República, los Estados y los Municipios (numerales 1 y 2).

b) Las personas públicas no territoriales de carácter estatal, es decir, aquellas "personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados (las personas públicas territoriales) tengan participación" (numeral 3). Dentro de ellas son mencionados expresamente, por supuesto, los Institutos Autónomos; además, deben incluirse los entes públicos asociativos,¹⁷ como el Banco Central de Venezuela, y los entes públicos corporativos,¹⁸ al menos algunos de ellos, indudablemente (como las Universidades Nacionales), mientras que es dudosa la inclusión de otros (Colegios Profesionales y Academias), por su carácter no estatal.¹⁹

c) Las personas privadas estatales;²⁰ más precisamente, las sociedades a participación pública decisiva, o sea, igual o mayor al 50 por ciento del capital (numeral 4), y las sociedades en que las anteriores tengan una participación igualmente decisiva, es decir, las llamadas corrientemente de segunda generación (numeral 5), así como las fundaciones privadas de carácter estatal, es decir, las "constituidas por algu-

16. Ver, por todos, Allan R. Brewer Carías, *ob. cit.*, pp. 223-248.

17. *Ibidem*, p. 244; también A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis, *ob. cit.*, p. 165.

18. A.R. Brewer Carías: *ob. cit.*, p. 243; A. Rodríguez y G. Urdaneta Troconis: *ob. cit.*, p. 164.

19. En ese sentido, A. Brewer Carías, *ob. cit.*, p. 244; e Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 215-218.

20. A. Brewer Carías: *ob. cit.*, pp. 240 y 245-247

nas de las personas referidas en el presente artículo” (numeral 6). Debe advertirse, sin embargo, que en este mismo numeral parecen añadirse incluso personas privadas no estatales, al mencionarse a las fundaciones “de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros (para las personas referidas en el presente artículo)” ; es decir, que ni son de carácter público, ni de carácter estatal, y su vinculación con el Estado es meramente incidental.

Vemos, pues, que el criterio empleado por la Ley para definir el patrimonio público es aparentemente el mismo tradicionalmente utilizado para definir los bienes públicos: la pertenencia a determinadas categorías de personas. Sin embargo, una lectura más detenida de este artículo nos evidencia que, en realidad, esta Ley ha utilizado este criterio de una manera notablemente ampliada.

2. *Carácter expansivo de la definición legal*

En efecto, ya ha habido ocasión de formularle a esta definición legal una observación referida al uso impropio que hace de los dos términos de la expresión: “patrimonio” y “público”, uso impropio que tendría su explicación en esa tendencia expansiva de la Ley de Salvaguarda que he señalado.

En primer lugar, el uso impropio de la palabra “patrimonio” estaría dado porque aquí no se usa en el sentido tradicional que alude al conjunto de derechos y obligaciones, al activo y pasivo de una persona, sino que se refiere sólo al activo (bienes, derechos, acciones), pero de un conjunto de personas; sería justamente un poco como lo contrario. En segundo lugar, el empleo atécnico del término “público” consistiría precisamente en el hecho de que, dentro de ese conjunto de personas enumeradas en el artículo 4º, muchas no tienen el carácter de públicas (numerales 4, 5 y 6), agravándose esto por el hecho de que, si bien algunas de ellas a pesar de tener carácter privado pertenecen totalmente al Estado, en cambio también se incluyen otras cuyo capital o patrimonio pertenece en parte al menos a personas particulares (como el caso de las empresas mixtas); además, vimos que en el numeral 6 se señalan incluso entes que ni son públicos ni son estatales (las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las otras personas referidas en el artículo 4º). Por esta vía, nos encontramos frente a un patrimonio *público* en manos de entes estrictamente privados o de simples particulares, sin ninguna relación orgánica con el Estado.

Ante tales observaciones es necesario recordar, por una parte, que similar sentido extensivo (bienes pertenecientes a muchos sujetos) le es dado al término patrimonio en otras ocasiones, incluso con consagración legal en Venezuela. Piénsese, por ejemplo, en el "patrimonio histórico" o en el "patrimonio artístico", que no constituyen el conjunto del activo y del pasivo de un solo sujeto, sino una categoría de bienes que pertenecen a distintas personas, incluso no sólo públicas, sino también privadas, pero a los cuales, en consideración de ciertas características que poseen, se les da un régimen especial de protección. Eso es lo que ha hecho esta Ley: establecer un régimen de protección a un conjunto de bienes y derechos que tienen como característica común el pertenecer —uso esta palabra con cierta duda, por algo que señalaré luego— a entes que forman la estructura general del Estado, que conforman el sector público en sentido amplio.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha recogido ese concepto amplio, al decidir en varias oportunidades²¹ que "los bienes que constituyen el dominio patrimonial del Estado venezolano están administrados, directamente por los órganos tradicionales de la administración centralizada, o indirectamente por los institutos o establecimientos autónomos y por las empresas del Estado que forman la administración descentralizada. . . cada uno de los cuales persigue fines diferentes, aunque orientados todos a la realización de los grandes cometidos que impone al Estado la realidad contemporánea. Dentro de ese sistema, cada ente descentralizado tiene sus propios bienes, en los cuales están, a su vez, involucrados los intereses patrimoniales del Estado".

De allí, pues, que en este caso concreto, la tendencia expansiva de la Ley pareciera totalmente justificada. Las, llamémoslas así, anomalías conceptuales que han sido señaladas estarían justificadas por el razonable afán protector de *todos* los intereses patrimoniales del Estado.

Un segundo elemento expansivo que se puede detectar en este artículo 4º lo constituye la expresión "por cualquier título". Pareciera quererse decir con ella que, para que un bien sea del patrimonio público, no es necesario que haya un derecho de propiedad sobre el mismo; incluso, el no haber usado la palabra "pertenezcan", sino la de "correspondan" va en el mismo sentido. ¿Deberá incluirse, entonces, cualquier

21. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 4-3-1982, en *Revista de Derecho Público*, N° 10, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, abril-junio de 1982, p. 134; y de fecha 23-10-1973, en *Gaceta Forense*, N° 82, Tercera Etapa, Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1973, pp. 76 y ss.

bien sobre el que cualquiera de las personas del artículo 4º tenga cualquier tipo de derecho o, incluso, que simplemente posea? Pudiera decirse que sí, dada la amplitud de las expresiones utilizadas.

Yo he encontrado en la Ley, sin embargo, al menos una norma que podría conducir a una interpretación algo más restringida: se trata del artículo 58, que regula al peculado, y donde se hace referencia a "los bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público", de lo cual habría que deducir que los bienes simplemente "en poder" de un organismo público no entran dentro del Patrimonio Público.

Un último rasgo de la actitud expansiva de la Ley en esta materia lo constituye el hecho de que dicha Ley no se limita a proteger exclusivamente el patrimonio público, aun el definido así tan ampliamente en el artículo 4º. En efecto, hay algunas disposiciones que orientan su protección a bienes estrictamente privados, no contemplados dentro del patrimonio público. Así, por ejemplo, el delito previsto en el ordinal 2º del artículo 71 amplía la protección, incluso a fondos de particulares, pero que provengan de créditos otorgados por el sector público.

Vemos, pues, que el propósito de la Ley de Salvaguarda es el de establecer un régimen de protección lo más extenso posible, por encima de cualquier rigorismo conceptual, para los intereses patrimoniales del Estado, en sentido amplio, frente a las variadas actuaciones que puedan eventualmente afectarlos, aun indirectamente.

IV

LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La tercera noción jurídico-administrativa sobre la cual la Ley de Salvaguarda incide, incluso muy notablemente, es la de responsabilidad administrativa. Sobre este tema específico se han previsto dos conferencias en este mismo evento por lo que no es mi intención hacer un análisis detallado al respecto, sino sólo señalar, en relación con dicha noción, dos manifestaciones de la que he llamado tendencia o actitud expansiva de la Ley de Salvaguarda.

En primer lugar, se inscribe de alguna manera dentro de esa tendencia la intención que tuvo el legislador de consolidar y de perfeccionar la responsabilidad administrativa como diferente de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Es cierto que la responsabilidad administrativa —que, como ha sido señalado, pareciera ser una institución

autóctona de nuestro Derecho Administrativo venezolano— ya estaba prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Pero en esa Ley, sus contornos no estaban perfectamente delineados y había tropezado con algunas dificultades de aplicación, sobre todo en lo que toca a los medios para hacer efectiva la sanción correspondiente.

Lo que ha hecho la Ley de Salvaguarda es precisamente llenar esas lagunas, estableciendo con precisión las causales por las que se puede incurrir en dicha responsabilidad y determinando claramente la distinción entre las sanciones que de ella derivan (de tipo pecuniario, impuestas por la Contraloría General de la República) de las sanciones disciplinarias que *deben* (y no simplemente pueden) imponer los superiores jerárquicos del funcionario responsable. Se aclara de esta manera, definitivamente, esa distinción entre la responsabilidad administrativa y la disciplinaria, siendo ambas acumulativas.

Califico a esto como una medida “expansiva” en el sentido de que pone de relieve la tendencia existente a tratar de imponer a un infractor el máximo de sanciones posibles, acumulativamente. Por lo demás, esta tendencia no es exclusiva de la Ley de Salvaguarda y ya ha habido oportunidad de detectarla en otros textos legales, tales como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que también adopta esa posición.²²

El segundo rasgo “expansivo” de la Ley que quería mencionar en relación con esta materia de la responsabilidad administrativa, se refiere a los hechos por los cuales un funcionario puede incurrir en ella, es decir, a las causales de la responsabilidad administrativa previstas en la Ley. Al efecto, el artículo 32 establece el principio general de que se incurre en responsabilidad administrativa por violación de las normas, es decir, por una conducta ilegal.

Dice textualmente la Ley: “El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria”. Considero que esa frase es muy amplia y que debe ser entendida en sus justos términos: no se trata de cualquier violación a cualquier norma. Así, por ejemplo, la violación por un funcionario del deber de obediencia previsto en la Ley de Carrera Administrativa o del deber de informar establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, constituyen conductas violatorias de normas legales, pero no darán lugar a responsabilidad administrativa. Creo que es claro que sólo puede tratarse de la violación

22. Ver artículos 4º, párrafo único, y 101 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

de aquellas normas cuya transgresión esté prevista en ellas como causal de responsabilidad administrativa. En particular, se trata de la serie de disposiciones contenidas en el Título V de esta Ley, que regulan con precisión los supuestos de responsabilidad administrativa.

Pero no es sólo esa redacción amplia del artículo 32 lo único preocupante en esta materia. Hay algo más en relación precisamente con estas causales de responsabilidad administrativa reguladas en la Ley. Se trata de la manera un tanto imprecisa como han sido redactadas algunas de esas disposiciones, en particular el artículo 41, que ya ha causado alguna alarma en estas mismas jornadas de análisis de la Ley. Ese artículo 41 es el que establece que incurre en responsabilidad administrativa el funcionario que, por ejemplo, adquiera vehículos, maquinarias o útiles de escritorio por encima de las necesidades del organismo, o que contrate personal innecesario, etc. De la redacción de este artículo pudiera concluirse que la Contraloría General de la República podría declarar responsable administrativamente al funcionario que, por ejemplo, gastó en papelería cantidades que a él le parecieron adecuadas en su momento, pero que ahora a la Contraloría le parecen excesivas.

Creemos que habrá argumentos para rechazar tal interpretación, tanto derivados del principio que circunscribe el control de la Contraloría a un control de legalidad y de veracidad, pero no de mérito, como del mismo artículo 32 de la Ley, ya citado, que establece el principio general de que sólo se incurre en responsabilidad administrativa por una conducta violatoria de una norma. Sin embargo, ello no deja de constituir otra muestra del carácter expansivo de esta Ley y que puede dar lugar a interpretaciones extensivas, en este caso en relación con el alcance que pretende querer conferírle al carácter, a la naturaleza y a la extensión del control que se le da a la Contraloría sobre la Administración activa.

II

AMBITO DE APLICACION DE LA LEY

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

JOSÉ MÉLICH ORSINI

1. *Aclaratorias terminológicas*

El tema que nos ha sido asignado obliga a comenzar con una interrogante. Con la expresión "Sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda al Patrimonio Público", ¿ha querido aludirse a los sujetos a los cuales pertenecen los intereses que la ley protege y que vendrían a resultar sacrificados por los tipos delictivos en ella sancionados? O, por el contrario, ¿ha querido designarse a aquellos sujetos o personas a cuyo cargo ponen las normas de esta ley la realización de los hechos punibles que en ella se contemplan, esto es, lo que los penalistas llaman precisamente "sujeto activo" cada vez que describen un concreto delito?

A responder afirmativamente a la primera pregunta nos invita el título de la ley. Su objeto —según dice literalmente su artículo 1º— es "prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los *delitos contra la cosa pública* que en ella se determinan y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria" por las infracciones a las normas que la misma contempla o a las cuales ella se refiere. Parece, pues, que lo que debemos colocar en un primer plano es la referencia a la índole de los bienes o intereses protegidos por tales normas y cuya lesión o puesta en peligro se busca prevenir o sancionar.

* Conferencia dictada el 20 de enero de 1983, con ocasión del "Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". El autor está consciente de las imperfecciones de este trabajo y sólo la insistencia de los organizadores de este Seminario, quienes desean recoger en su integridad las diversas exposiciones allí hechas le ha hecho acceder a esta publicación.

2. *Entes públicos* stricto sensu

Esta perspectiva nos lleva a fijar la atención especialmente en el artículo 4º de la ley, que define el "patrimonio público" como aquel que corresponde por cualquier título a: "1º) La República; 2º) Los Estados y los Municipios; 3º) Los Institutos Autónomos y los Establecimientos Públicos y demás personas jurídicas de derecho público en los cuales los organismos antes mencionados tengan participación...".

a) *El necesario ejercicio de una función pública*

Hasta aquí todo parece referirse a una noción claramente identificada en la Constitución (Art. 60, ord. 5º *in fine*: "Los reos de los delitos contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia con las garantías y en la forma que determine la ley"), y en el Código Penal (Libro II, Título III: "De los Delitos contra la Cosa Pública", donde se trata del peculado, la concusión, la corrupción, de los abusos de autoridad, etc.). Estos delitos contra la cosa pública se llaman en la mayoría de los Códigos Penales modernos: "Delitos contra la Administración Pública", y a su respecto señala el artículo 236 de nuestro Código Penal, las personas que pueden normalmente considerarse "sujetos activos" de tal género de delitos, a los que identifica como "funcionarios públicos a los efectos de la ley penal". Dice literalmente el citado artículo 236 del Código Penal:

Para los efectos de la ley penal, se consideran como funcionarios públicos:

1º Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades.

2º Los agentes de la fuerza pública.

Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales, los conjuces, asociados, jurados, árbitros, expertos, intérpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones.

b) *Extensión de estas normas más allá del ámbito de funciones públicas* stricto sensu

La Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, de 31 de marzo de 1964, había precisado ya en lo que respecta al numeral 1º del citado artículo del Código Penal —que

se reproduce en el ordinal 1º del artículo 2º de esta LCEI— que debe reputarse indiferente que la investidura de la función pública provenga de “elección popular o de nombramiento de autoridad”. Añadió además de manera explícita, que entre los sujetos pasivos enunciados en el correspondiente numeral del artículo 236 del Código Penal se hallaba el “Distrito Federal”; y agregó la palabra “institutos” a la expresión “establecimiento público”, tal vez porque se pensó que el uso de esta sola expresión podía haber planteado dudas sobre la identidad de este concepto con el de “instituto autónomo” que es el utilizado por nuestra Constitución y nuestras leyes. Pero la verdadera innovación de esta ley consistió en el añadido en su artículo 2º de los ordinales 2º y 3º, que rezan así:

2º) Los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el numeral anterior, están encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la nación, al de los Estados o de las Municipalidades o al de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

3º) Los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa del Gobierno de la Unión, de los Estados, de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

Comentando estas modalidades de la LCEI, señalaba el doctor Ezra Mizrachi en un trabajo titulado: “El concepto de funcionario en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos”, ejemplar N° 4 de la *Revista de Derecho Público*, que lo dispuesto en estos numerales 2º y 3º de LCEI “constituyen ficciones que extienden la calificación de empleado o funcionario público a personas que normalmente no las tendrían”. Hacía resaltar así que los destinatarios de esta LCEI no eran sólo los funcionarios o servidores públicos *stricto sensu*, tal como los define el doctor Eloy Lares Martínez en su *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Caracas, 1978, p. 378, a saber: “Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de entidades estatales”; sino que la LCEI ha entendido abarcar a personas que no ejercen propiamente una “función o servicio público”.

Explicando todavía esta diferencia entre el ordinal 1º y los ordinales 2º y 3º del artículo 2º de la LCEI con base en la doctrina administra-

tivista sobre lo que es un "funcionario público" resumida en la citada obra del doctor Lares-Martínez, el doctor Mizrachi cita y glosa las palabras de aquél en los términos siguientes:

Continúa el citado autor: "Conviene desarrollar los diversos elementos que integran la anterior definición:

a) Es necesario que el ingreso a la Administración se realice en virtud de nombramiento de la autoridad competente, de elección popular o del cuerpo calificado para ello, de sorteo o de otro sistema autorizado por las leyes que rijan la materia, que son naturalmente, normas de derecho público.

La ley puede autorizar el ingreso a la función pública mediante la celebración de contrato, que en este caso sería un contrato de derecho público. Se considera que está dada la autorización legislativa cuando en el presupuesto figura una partida destinada expresamente a ese fin.

b) Es indispensable que el individuo, para ser funcionario o empleado público participe en el ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas. Puede tratarse del ejercicio de la función legislativa, administrativa o judicial, por lo que los funcionarios pueden ser de origen legislativo, administrativo o judicial.

c) No puede ser calificado como funcionario público quien no esté al servicio directo de una persona pública estatal: la República, un Estado, un Municipio, un Instituto Autónomo. En lo tocante a los Institutos Autónomos, piezas de la Administración descentralizada, los cuales forman parte del Estado, su personal está sometido al mismo régimen de los servidores de la Administración centralizada (*op. cit.* pp. 378 a 380)".

En mi opinión, los elementos señalados por el doctor Eloy Lares-Martínez al desarrollar su definición de empleado o servidor público deben ser aplicados en la interpretación del ordinal 1º del artículo 2º de la LCEI. Por ello, para ser sujeto de las disposiciones de la LCEI, es necesario el ejercicio de una función o empleo público, mediante nombramiento o cualquier otra forma de designación señalada por el derecho público, y que se preste servicio a un órgano del Estado del orden legislativo, ejecutivo o judicial, o a una persona pública bajo la tutela de una persona pública territorial.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el ordinal 1º del su artículo 2º tan solo añade al texto del ordinal 1º del artículo 2º de la LCEI la indicación de que la investidura en la

función pública puede provenir no sólo de “elección” o “nombramiento”, sino también de “contrato otorgado por la autoridad competente”, y la aclaratoria de que instituto o establecimiento público debe considerarse no sólo aquel sometido al “control de tutela” por parte de un organismo estatal o persona pública territorial, sino a cualquier “otro tipo” de control.

El ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP se lee, en tal sentido así: “Para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos:

”1) A todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades”.

c) *Límites de aplicación del ordinal 1º del artículo 2º de la ley*

Sujetos activos de los diversos ilícitos penales, administrativos, disciplinarios y civiles tipificados en la ley, según este primer ordinal del artículo 2º, serían pues, tan sólo quienes ejerzan una función o empleo público, mediante nombramiento o cualquier otra forma de designación admitida por el derecho público, incluida entre tales formas la investidura por la vía de un contrato, cualquiera que sea el órgano estatal al que se preste tal función o servicio, esto es, sin distinguir entre el Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial y sin distinguir tampoco respecto de la clase de persona pública de la cual se trate (la República, los Estados, los Municipios, o cualquier otra entidad de la Administración Pública Descentralizada).

Al hacer hincapié en lo anterior deseamos señalar lo siguiente:

El ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP concuerda con el ordinal 1º del artículo 236 del Código Penal y con el ordinal 1º del artículo 2º LCEI en cuanto a abarcar como destinatario de sus normas a todo el que ejerce una función o servicio público, cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, administrativa o judicial), sin hacer distinciones en cuanto a la naturaleza e importancia de la función (se aplica lo mismo a un Ministro que a su secretaria o a su portero), a si el sujeto en cuestión es portador del *ius imperium* o, por el contrario, un mero auxiliar o colaborador material en la obtención de un interés considerado como interés público, a la naturaleza remunerada o gratuita de la fun-

ción o al carácter permanente o transitorio de la actividad o servicio funcionalizado. Todo estos textos parten, sin embargo, del supuesto común de que su destinatario es por lo menos un sujeto vinculado a una función o servicio público, esto es, a una actividad dirigida a satisfacer unos concretos intereses públicos formalizada en su contenido a través de la creación de un cargo u oficio preestablecido como parte integrante de la organización del Estado o de un ente público territorial o institucional. La sola inclusión en el texto del ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP del hecho de que la investidura puede provenir de un “contrato otorgado por la autoridad competente”, no puede bastar para que se considere potencial sujeto activo de los delitos previstos en esta ley a todo aquel que celebre un contrato con un ente público territorial o institucional. Debe entenderse que la ley ha querido aludir a un contrato que invista de una función pública, esto es, a un contrato de derecho público, como sería aquel mediante el cual se contratan los servicios de una persona para dotar el cargo de Administrador Municipal previsto en la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal o cualquier otra posición de alguna manera formalizada en alguna ley, reglamento o norma de derecho público y para la cual sea posible elegir esta vía de designación mediante contrato.

d) *Situación de quienes prestan servicios por contratos que no invisten de una función pública*

Esto excluye que puedan considerarse destinatarios de la LOSPP, al menos por lo que se refiere al ordinal que comentamos, a quienes simplemente celebran un contrato de obras con una entidad pública territorial o institucional, y lo mismo debe predicarse de un contrato de prestación de servicios profesionales (p. ej.: un abogado, un médico, etc.), en tanto y en cuanto ellos no resulten investidos de un cargo o función pública. Para que tal fuese el caso se requeriría que el cargo o actividad —entendida ésta como conjunto de actos— haya sido preestablecido por una ley, un reglamento aunque sea interno o cualquier otro instrumento jurídico dirigido a configurar la organización del servicio público del cual se trate, bastando al efecto la sola previsión en el respectivo presupuesto del ente público del cargo abstractamente considerado. Tal podría ser el caso del médico a quien se designa para llenar los concretos cargos de un determinado hospital del Seguro Social, o el de un abogado a quien se designa consultor jurídico o para llenar alguna de las posiciones de abogado adjunto de una determinada consultoría jurídica, pero jamás el de un abogado contratado como profesional liberal

para atender un determinado juicio o aun una serie de juicios o de consultas especializadas cuando tal contratación se hace en los términos de un contrato de derecho privado.

Lo dicho hasta aquí basta para ilustrar acerca de cuáles entre la multitud de personas de algún modo vinculadas por contratos de servicio en favor de entidades públicas resultan sometidas al deber que estipula el artículo 112 de la LOSPP de presentar declaración jurada de patrimonio dentro de los 60 días subsiguientes al 1º de abril de 1983 y cuáles aquellas que deberán incluirse en la nómina de personal a que se refiere el artículo 107 *ejusdem*, y que deberá remitirse a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República dentro de los 120 días de cada año por el ente público del caso; aun si en este último caso la referencia a la necesidad de incluir en dicha nómina no sólo a "los funcionarios", sino también "al personal contratado", permite entender que debe incluirse también una relación de los contratos privados que el ente público celebre con independencia que los vinculados por tales contratos privados no estén sujetos normalmente a las previsiones de la ley.

3. *La situación de las llamadas "empresas del Estado"*

Pero el artículo 4º de la LOSPP no se limita a considerar como "patrimonio público" aquel que tiene por titular a la República o alguna de las otras entidades a que nos hemos referido hasta aquí, sino que a continuación de los tres numerales del artículo 4º ya aludidos agrega, entre los sujetos pasivos afectables por los tipos delictuales que esta ley establece, a:

"4) Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

"5) Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento.

"6) Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas".

a) *Porcentaje de fondos públicos que confieren esta connotación*

Antes de continuar con el análisis de estos textos quisiera llamar la atención acerca de la exageración contenida en el citado numeral 5º de este artículo 4º de la ley. La redacción de este ordinal lleva en verdad a la conclusión, que no vacilo en calificar de desproporcionada, de que si en una determinada sociedad, la República u otro ente público tiene el 50 por ciento del capital y el restante 50 por ciento del capital pertenece a particulares, si esta sociedad llegare a su vez a poseer el 50 por ciento del capital de otra sociedad, a pesar de que en definitiva tan solo un 25 por ciento del capital de esta segunda sociedad podría pretenderse formado con recursos provenientes de fondos públicos, sin embargo, los intereses de este última sociedad deberán ser tratados como "cosa pública" o, si se lo prefiere, la administración de dicha sociedad deberá ser analogada a una "Administración Pública" a los fines de dicha ley.

Como consecuencia de semejante punto de vista, los directores y administradores de estas sociedades civiles y mercantiles son reputados "funcionarios o empleados públicos" tal como lo dice el ordinal 2º del artículo 2º de la ley. En verdad, este último texto legal va más lejos todavía, y nos aclara que, aun si la participación pública en el capital de una sociedad fuere inferior a dichos porcentajes, aquellos "directores nombrados en representación de dichas entidades" —que el citado numeral no vacila en calificar como "estatales"— serán reputados también ser "funcionarios o empleados públicos". Esto es, que en el caso que se da con frecuencia respecto de ciertas empresas originalmente formadas con capitales puramente privados, pero que han obtenido préstamos de entidades crediticias que trabajan con recursos públicos (CVF, Banco Industrial de Venezuela, Banco Nacional de Descuento, etc.), y que al no haber podido cumplir con la devolución puntual de tales préstamos se ven en el caso de aceptar la conversión de dichos préstamos en participaciones societarias y la designación de uno o más de sus directores por dichas entidades (piénsese en el caso de la Sociedad Anónima de Seguros La Previsora, cuyas acciones han pasado hoy a ser del Banco Nacional de Descuento), tales directores —aun si la empresa fuere en un más alto porcentaje de capital privado— deben ser reputados "funcionarios o empleados públicos".¹

1. En el curso de esta charla, un joven y distinguido abogado me hizo la valedera observación de que el ordinal 2º del artículo 2º de la LOSPP se refiere no sólo a los aportes hechos al *capital*, sino también al *patrimonio* de las entidades que

La formulación de esta última aclaratoria nos lleva a la convicción de que ha querido irse más allá de lo previsto en la derogada Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, pues el ordinal 3º del artículo 2º de esta última ley, precisamente extendía la calificación de funcionarios o empleados públicos a esta última categoría de "administradores de sociedades civiles o mercantiles", sólo "cuando su elección o designación dependa del gobierno de la Unión, de los Estados o de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades" (las que antes hemos llamado "públicas" en un sentido estricto), en tanto que ahora a este supuesto se ha agregado el de los directores y administradores de las sociedades en que se den los porcentajes de participación aludidos en los numerales 4º y 5º del artículo 4, independientemente de su forma de elección o designación, esto es, aun si son elegidos por la mayoría de acciones que forman el aporte social de proveniencia estrictamente privada. Se les convierte, pues, en "funcionarios o empleados públicos", sólo porque en la sociedad que ellos administran exista un aporte del 25 por ciento que casual e independientemente provenga de fondos públicos.

el aludido artículo 4º de la ley señala como sujetos pasivos de la misma, y que en tal sentido pudiera entenderse que basta que el patrimonio de una de tales entidades se hubiere formado mediante la inversión de dineros públicos recibidos en forma de préstamos para que los directores y administradores de esta persona jurídica pudieren reputarse incluidos en el supuesto del ordinal 2º del artículo 2º aun antes de la conversión de su deuda en acciones. Pensamos, sin embargo, que no fue esta la intención del legislador. El ordinal 2º del artículo 2º en que se contiene la indicada referencia al patrimonio, debe conciliarse con el ordinal 4º del artículo 4º, donde se alude tan sólo al "capital social" y a la idea de "sociedades de propiedad totalmente estatal"; y si bien es cierto que el ordinal 5º de este mismo artículo 4º es ambiguo, pues habla tan sólo de "participación", todavía resultaba necesario intentar algún género de explicación para conciliar estos diferentes textos legales. Obsérvese que el aludido ordinal 2º del artículo 2º habla, primero de persona "cuyo *capital* o *patrimonio* estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del *capital* o *patrimonio*", y luego de *participación*... inferior al cincuenta por ciento del *capital* o *patrimonio*. La utilización de las palabras "aporte" y "participación" referidas a realidades tan diferentes como "capital" y "patrimonio", contrastante en cambio con el uso de la conjunción "o" para enlazar estos dos conceptos, nos indican que el legislador entendía referirse más bien al caso de aquellas personas jurídicas (asociaciones, sociedades civiles), en las cuales no puede técnicamente hablarse de un "capital" y se trata tan sólo de determinar cómo se ha formado su "patrimonio"; pero siempre referido a verdaderos "aportes", esto es, a transferencias que implican un enriquecimiento para la entidad, no compensados por la pareja, asunción de una deuda en favor de quien le ha hecho la transferencia. Las incorrecciones del lenguaje sólo pueden atribuirse una vez más al menosprecio de nuestros legisladores por el rigor de los conceptos jurídicos, que se les antojan puros "tecnicismos", sobre todo cuando se trata de instituciones del llamado derecho privado.

b) *Corolarios de la nueva redacción*

Bajo la vigilancia del LCEI se había aclarado, tanto por la Contraloría General de la República como por la Procuraduría General de la República,² que la obligación de hacer declaración de bienes a que dicha ley sometía a los reputados por ella como funcionarios públicos, no competía a aquellos otros miembros de Consejos Directivos de sociedades civiles o mercantiles distintos de los designados por una entidad pública *stricto sensu*.

La nueva ley convierte, en cambio, en potenciales sujetos activos de los delitos en ella contemplados a un sinnúmero de particulares o sujetos tratados hasta entonces como sujetos privados. Y si en consideración a las vetustas normas del Código Penal y a las más recientes de la LCEI, podía todavía predicarse que el interés protegido por tales normas era fundamentalmente el interés político-administrativo del Estado en el fiel y leal cumplimiento de sus funciones por parte de aquellos investidos por él de un oficio público, ocurre hoy que el interés protegido no parece tener ya como soporte un puro vínculo orgánico o de servicio entre el titular del oficio y el oficio público propiamente tal; desde luego, que a ciertos particulares de quienes no puede predicarse en absoluto haber sido investidos de ningún oficio, por el solo hecho de que las sociedades civiles o mercantiles que ellos dirigen o administran tengan unos determinados aportes de capital de procedencia pública, y aun si su designación proviene de fuentes totalmente privadas—elección hecha por el voto de la mayoría de acciones de procedencia privada— se les trata como a “funcionarios o empleados públicos” a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Nadie pone en duda que los sujetos privados pueden cometer ciertos actos ilícitos contra la Administración Pública, tales como los que se concretan en actos de violencia o de resistencia a la autoridad (Arts. 216 y ss. Código Penal), ultrajes y otros delitos contra personas investidas de autoridad pública (Arts. 214 y ss.), corrupción de funcionarios (Art. 200), etc., pero con la nueva ley se trata de algo desconocido hasta ahora. Se trata de la total homologación de personas puramente privadas a la categoría de funcionarios o empleados públicos por el solo hecho de ejercer funciones de director o administrador en una sociedad civil o mercantil en la cual exista una inversión de fon-

2. *Cfr.* los dictámenes que cita el doctor Ezra Mizrachi con su citado trabajo: “El Concepto de Funcionario Público en la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos”.

dos públicos en acciones o participaciones sociales que excedan de un cierto porcentaje. Y lo que es más grave aún: aun si tales personas privadas ejercieran esas funciones por designación y en representación de sus propias acciones o cuotas o de las de otros sujetos netamente privados. La LOSPP no hace, en efecto, distinción de ninguna clase para considerarles incurso en infracciones administrativas o delitos penales que en la unanimidad de las legislaciones positivas suponen en el sujeto activo la estricta condición de funcionarios públicos. Tal es el caso —y elijo sólo algunos ejemplos al azar— de los artículos 34 (daño culposo al patrimonio público), 35 (gastos o asunción de deudas sin una partida presupuestaria suficiente), 36 (apertura en el propio nombre o de un tercero de una cuenta bancaria con fondos de la entidad o sobregiro de la misma), 38 (responsabilidad solidaria de los miembros de una Junta Directiva por la ordenación de “pagos ilegales”), 41 (utilización de vehículos y otros bienes propios de la entidad en provecho personal, pagos por encima de los precios de mercado para la obtención de bienes o servicios, negligencia en el ejercicio de acciones o recursos, etc.), 44 y 66 (enriquecimiento ilícito), 58 (peculado), 60 y 61 (cambio de destino o sobregiro de las partidas presupuestarias), 62 (concusión), 63 (uso indebido de datos o informaciones), 67 (extorsión), etc.

c) *Incongruencias del legislador en esta materia*

Lejos de mi ánimo está reprochar que esta clase de infracciones o delitos hayan sido previstos y sancionados en nuestro ordenamiento positivo, pero sí que, referidos ellos a sociedades civiles o comerciales y eventualmente aun a fundaciones de carácter privado, sean contemplados como tales delitos o faltas sólo en lo que respecta al exclusivo interés de la Administración Pública, cuando más bien hubiera debido contemplárseles en su aspecto genérico de lesión al patrimonio de la persona jurídica en cuanto tal, sin diferenciación alguna en cuanto a la proveniencia pública o privada de los fondos indebidamente apropiados, malversados o dilapidados.

Como lo hemos venido sosteniendo reiteradamente, constituye un grave error de política legislativa extender a las sociedades en las que exista una cierta participación accionaria de entes públicos el mismo régimen de control que se aplica a los entes públicos propiamente tales. Cuando el Estado o algún ente público *stricto sensu* acude a los mecanismos de libre concurrencia y coordinación de interés propios del derecho privado para incentivar una rama de la economía, debe ser muy

cauto en la utilización de ciertos dogmas conceptuales del derecho público tales como los de la legalidad de los gastos presupuestarios o de la necesidad de una ley de crédito público que autorice el compromiso. Los principios que aseguran la disciplina en la Administración Pública y tienden a garantizar una correcta inversión de los ingresos públicos no coinciden a menudo con la exigencia de máxima productividad y rendimiento que justifican la adopción de un régimen de derecho privado, y es tanto más aberrante que porque un ente público haya invertido un 50 por ciento (y aun apenas un 25%), en el capital de una sociedad privada, se someta a la administración de ésta a la rígida coraza de unos procedimientos publicísticos. ¿Es que acaso puede encontrarse alguna razón valedera para que los intereses del Estado en el Banco Nacional de Descuento, en la Compañía de Seguros La Previsora, en la Siderúrgica del Orinoco o en Petróleos de Venezuela se sometan a un criterio idéntico al que priva para juzgar la conducta de la burocracia de una Aduana de la República o de la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento? ¿Y no es todavía más absurdo que a una empresa de fabricación de calzados o de enlatado de jalea, sólo porque la Corporación Venezolana de Fomento le haya hecho un préstamo que accidentalmente haya derivado en una participación de ésta, superior al 50 por ciento del capital accionario de aquella, para juzgar el comportamiento de todos sus administradores, deban aplicársele los mismos criterios que se aplican al director del INOS o al del Instituto de Puertos?

El peligro de poner demasiados obstáculos al libre desarrollo de la administración de una sociedad comercial, fuente y corazón de la economía de muchos países donde el Estado suele ser también accionista aun mayoritario —tal como ocurre en Italia, en Japón y diría que hoy en casi en todos los Estados desarrollados—, debía haber aconsejado más prudencia que la empleada por nuestros legisladores en la configuración de las diversas figuras delictuales, y en la dosificación de las penas. Lamentablemente la falta de matización y la elaboración de una legislación destinada tan solo a satisfacer las pasiones circunstanciales del electorado, lo que podríamos llamar una "legislación para la galería", es el signo constante de nuestro tiempo y una de las herencias más funestas que los legistas del *Ancien Régime* han dejado a las democracias populistas del siglo xx.

Por ello creemos que más sensato que el texto de la ley que en definitiva sancionó el Congreso, era el que fue objeto de la proposición hecha por el ciudadano Presidente de la República en la solicitud de reconsideración al inicial texto sancionado el 28 de julio de 1982, cuan-

do se sugirió dejar el control de este género de sociedades y de otras personas jurídicas en que hubiere una cierta participación patrimonial de origen público a Comisarios con funciones análogas a los que para las sociedades mercantiles con patrimonio de proveniencia puramente privada se prevén en el Código de Comercio, reforzando apenas ciertas exigencias legales o estatutarias tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de sus deberes por parte de la Administración, de los representantes de las acciones de entes públicos en las Asambleas, y de los Comisarios de las sociedades mercantiles. Expresaba al respecto el ciudadano Presidente de la República: "sería inconsecuente con mi deber de velar por la adecuada administración de la Hacienda Pública Nacional, no advertir la ineludible matización que impone una debida protección del patrimonio público, ya que no conviene aplicar los mismos criterios para combatir el indebido ejercicio de potestades públicas *stricto sensu* y para cuidar intereses patrimoniales que, por razones en cada caso diferentes, resuelve el Estado gestionar mediante los cauces del Derecho Privado. Nadie podría negar, en efecto, que en el llamado tráfico de influencia practicado por un Ministro, en la extorsión cumplida por un juez o aun por un modesto agentes policial, va envuelto el desprestigio del sagrado depósito de la autoridad; y en la imprevisión o en la torpeza del gerente de una compañía anónima, en la que la participación accionaria de un ente público alcance el 30 por ciento, resultan involucrados intereses puramente patrimoniales, que si bien deben ser cabalmente protegidos, no tienen por qué ser objeto de una legislación muy diferente de aquella que el propio Estado ha juzgado adecuada y suficiente para proteger los intereses legítimos de sus propios ciudadanos y que, como tal, ha plasmado en las normas de sus Códigos Penal, de Comercio y Civil. Esto se pone más de relieve cuando se piensa que el Estado acude a menudo a los cauces del derecho privado, precisamente para aprovechar los criterios de lucratividad y libre concurrencia que guían los negocios privados, lo que le lleva a contratar personal nacional y aun extranjero que no está dispuesto a someterse a formas de control publicístico como las que se establecen en la ley que motiva estas observaciones y que se caracterizan por la gran discrecionalidad del órgano contralor. Ignorar esto sería exponer a las empresas comerciales en las que el Estado sea socio a una situación claramente desventajosa frente a la de otras empresas competidoras, ya que el personal posiblemente más capacitado preferirá emplearse en aquellas en que no se les exige declaraciones de patrimonio, no se les somete en sus eventuales incrementos patrimoniales a la presunción de haber sido logrados por medios ilícitos, ni se les expone a riesgos de sanciones

penales por tipos delictivos no siempre netamente tipificados. Pero además, de mantenerse inmodificado el texto del párrafo único del artículo 20 de la ley, las compañías industriales o comerciales en las que el Estado tenga aún ocasionalmente un porcentaje accionario del 30 por ciento (piénsese en los numerosos casos en que la Corporación Venezolana de Fomento ha accedido a capitalizar o recibir en acciones obligaciones de sus prestatarios en dificultades de pago, en los bancos comerciales que por razones análogas han pasado a tener como accionistas al Banco Central de Venezuela y al Fondo de Inversiones de Venezuela), quedarán automáticamente por el solo hecho de la promulgación de la ley en franca y peligrosa desventaja respecto de otras empresas de puro capital privado, para celebrar negocios de cualquier naturaleza”.

d) *Posibles vicios de inconstitucionalidad*

La renuncia del Congreso a atender estas recomendaciones, salvo en el aspecto puramente cuantitativo de elevar al 50 por ciento el porcentaje del 30 por ciento del aporte estatal tenido inicialmente como criterio para calificar como “empresa pública” a una determinada sociedad civil o comercial, expone la ley —si acaso en Venezuela existiera realmente una Corte Suprema de Justicia independiente de los circunstanciales intereses partidistas y atenta exclusivamente a razones de índole jurídicas— a ser invalidada como violatoria de muy claros preceptos constitucionales.

En efecto, hemos sostenido también en otro lugar que la propia Constitución establece un límite preciso al control del Congreso sobre los intereses del Estado en empresas que adopten formas diferentes de las puramente publicísticas, esto es, de dependencias o servicios autónomos de la Administración Central o de institutos autónomos bajo cualquiera de los nombres que se les apliquen. Tal límite resulta de la contrastante redacción que presenta el artículo 230 de la Constitución, que se ubica entre las “disposiciones generales” aplicables a la Hacienda Pública, respecto del artículo 235 de la misma Constitución que se halla en el capítulo relativo a la Contraloría General de la República, y en donde se señala literalmente que las funciones de este organismo “podrán extenderse por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución”. Esto es, que la Constitución es muy expresiva cuando excluye de tal “extensión” por vía de una ley especial las funciones de la Con-

traloría, a las llamadas "empresas públicas" que no adopten la forma de institutos autónomos o que no constituyan administración de los Estados de la Unión o de los Municipios.

Ahora bien, cuando el artículo 230 señala en cambio que "los intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Congreso, en la forma que la ley lo establezca", aun si comienza por referirse a los institutos autónomos, hay que entender que esa modalidad de control externo no puede adoptar para tales corporaciones o entidades distintas de los institutos autónomos la forma de "extensión de las funciones de la Contraloría General de la República". La Ley Orgánica de la que hablamos trata, en cambio, a "las sociedades civiles o mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas", cuyo capital o patrimonio estuviere integrado con aportes de las entidades mencionadas en su artículo 4º igual o mayor al 50 por ciento, en absoluto pie de igualdad con la Administración Central, y con los institutos autónomos y las administraciones estatales o municipales.

Pero además, no obstante la formal consagración en el artículo 72 de la Constitución de la garantía del derecho a constituir asociaciones y sociedades de cualquier género, en los artículos 96 y 98 de la garantía de la libertad económica y en el artículo 61 de la garantía de la igualdad y de la condenación de toda clase de "discriminaciones fundadas" en meras circunstancias de "condición social", resulta que estas sociedades civiles o mercantiles fundaciones o personas jurídicas de cualquier índole en las cuales se dé una circunstancial participación porcentual de entidades públicas en su capital o en su patrimonio, son objeto de un trato discriminatorio y desigual por la LOSPP; no sólo en cuanto a la eventual concurrencia de los aportes provenientes de recursos privados con otros aportes provenientes de recursos públicos, sino también en cuanto a la tipificación de los delitos, infracciones administrativas e ilícitos civiles en que pueden incurrir sus directores y administradores, aun si éstos, por el origen de sus poderes y la inmediata titularidad del patrimonio que gestionan —que no deja de ser patrimonio de un ente privado por el hecho de haberse formado ocasionalmente con un aporte público— no se diferencian en absoluto de cualesquiera directores y administradores de otras sociedades o personas jurídicas privadas.

Todo lo dicho nos revela la complejidad de los intereses protegidos por la nueva ley, que no resultan ser ya, por lo dicho, la protección de meros bienes públicos y el recto y leal ejercicio de una función o

empleo público; puesto que se incurre en él aun por quien no es funcionario o empleado público, y se le sanciona con penas aplicables al peculado, la concusión, etc., en lugar de sancionársele en pie de igualdad con las sanciones que se aplicarían a los directores o administradores de sociedades u otras personas con aportes públicos inferiores a los señalados porcentajes —y aun si éstos hubieran sido también recipiendarios de préstamos, depósitos u otras formas de empleo de dineros públicos que excedieren de dichos porcentajes. En efecto, en este último supuesto se les sancionaría, en cambio con las penas menores previstas para los paralelos delitos de hurto, estafa, apropiación indebida, etc. Semejantes incongruencias sólo pueden explicarse por la falta de matización y las exacerbadas generalizaciones a que nos han acostumbrado las simplificaciones conceptuales de nuestros llamados publicistas, para quienes las palabras “interés público”, “bienes públicos”, “poder público” y otras similares sirven a menudo como justificación de toda clase de excesos o exabruptos.

e) *Sobre el concepto de directores y administradores*

Para concluir con este punto quisiera señalar todavía, que el ordinal 2º del artículo 2º de la ley se refiere a “los directores y administradores”, siendo así que el término utilizado por el Código de Comercio y por el Código Civil para referirse a quien ejerce las funciones a las que pretende aludirse, es simplemente el de “administradores”. Ello ha hecho pensar ya a algunos que entre los potenciales sujetos activos de los delitos, faltas e infracciones que prevé la LOSPP pudiere pretender incluirse a personas que no ejercen propiamente funciones de administración de una sociedad comercial o civil o de una fundación o esas “otras personas jurídicas” a las que se refiere el ordinal que comentamos y a los cuales con fines de mera jerarquización interna se las califica de directores, tales como esos llamados Directores de Finanzas, Directores del Departamento de Contabilidad, Directores de Relaciones Públicas, etc., en ciertas grandes sociedades mercantiles que pudieren resultar comprendidas entre los sujetos pasivos de la ley. Quisiera, pues, aclarar de una vez que los directores a los que alude el ordinal que comentamos no son tales directores, sino verdaderos directores-administradores, aun si el uso de la preposición “y”, en lugar de la proposición “o” —como habría sido lo más correcto—, pudiere hacer creer otra cosa. El uso de la expresión “directores” conjuntamente con la de “administradores” debe atribuirse simplemente al hecho de que en las grandes compañías anónimas estatales, especialmente cuando éstas son creadas

en obediencia de algún mandato legal, suele emplearse con frecuencia el término “directores”, “junta directiva”, “directorio”, etc., para significar precisamente lo que el Código Civil o el Código de Comercio llaman “administradores”.³

En mi opinión, pues, no están obligados —al menos por lo que atañe al ordinal 2º del artículo 2º de la LOSPP— el Director de Finanzas, o el Director de Administración, o el Director del Departamento Jurídico, etc., de una simple compañía anónima y aun si su capital fuera en su totalidad poseído por la República o por otras entidades públicas *stricto sensu*, a presentar declaración jurada de patrimonio; ni pueden ellos resultar en derecho potenciales sujetos activos de los delitos previstos en esta ley, ya que esta ley deberá interpretarse restrictivamente, como legislación de excepción que ella, es respecto a la que rige para toda sociedad civil, compañía mercantil, fundación o persona jurídica. En otra parte he tratado ya en extenso sobre la artificiosidad ajurídica de esa pretendida existencia de sociedades mercantiles de carácter público para las cuales pretende inventarse un régimen autónomo y distinto de las otras sociedades mercantiles, por el sólo hecho de que ciertas disposiciones legales especiales de la Ley Orgánica de Crédito Público, de la Ley Orgánica de Presupuesto, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, etc., y ahora de esta LOSPP, le resulten particularmente aplicables. La aplicabilidad de estas específicas normas especiales a dichas sociedades, si bien puede servir a fines puramente clasificatorios o académicos, como “índices” que permiten agruparlas bajo el rubro de “empresas públicas”, no permite hacer predicaciones de carácter general derivadas del supuesto carácter “público” de dichas empresas que vayan más allá de la estricta sujeción a los deberes que le han sido impuestas por las leyes del caso, las cuales les resultan aplicables con idénticos términos y amplitud en que le serían aplicables a otras personas jurídicas de las que se clasifican como “privadas”, si las aludidas normas las comprendieran en su concreta especificidad.

3. El artículo 270 del Código de Comercio habla de que la gestión diaria de los negocios de la sociedad puede ser confiada a “directores, gerentes u otros agentes, asociados o no, cuyo nombramiento, revocación y atribuciones regirán los estatutos”. En este caso, tales “directores” se transforman en verdaderos administradores de la sociedad, y creemos que ellos deben ser tratados a los fines de la LOSPP en pie de igualdad con los integrantes de la Junta Directiva. Creo que ello es lo más que pudo haber querido hacer el legislador. La circunstancia de que la palabra “directores” preceda a la de “administradores” ratifica en todo caso mi opinión, de que en cuanto a las funciones que se les tienen confiada en la sociedad, los llamados “directores” por el ordinal 2º del artículo 2º, ejercen por la sociedad poderes más importantes o cuando menos de importancia similar a las de un “administrador” y que es por ello que se les incluye entre los destinatarios de la ley.

Valga esto aun para sociedades de capital puramente estatal como SIDOR, EDELCA, CADAFE, MARAVEN, etc.

4. *Situación de los particulares ante la ley*

La Ley Orgánica extiende, por último, el carácter de funcionario o empleado público "a cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente ley", como reza el numeral 3º de su artículo 2º. Veamos ahora cuáles pueden ser esas otras personas.

a) *La designación de directores de entidades netamente privadas, por entes públicos*

En primer lugar, dado que el numeral 2º del artículo 2º de la ley establece que ella se aplica a "los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación (de tales entidades estatales en el de la fundación o entidad del caso), fuere inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio" de esta última, pensamos que si se constituye una fundación con un objeto de interés colectivo (por ejemplo: un servicio social, cultural, etc.), en cuyos estatutos se previera que uno o más directores deban ser designados, por ejemplo, por el Ministro de Sanidad o de Educación, la Ley Orgánica podría pretenderse aplicable a ellos, aun si el patrimonio de la entidad del caso no recibiere ningún aporte de fondos públicos, sino que se formase con aportes netamente privados. Creemos, sin embargo, que esta inferencia debe matizarse. Es cierto que el referido ordinal 2º del artículo 2º se presta a equívocos, pero si nos atenemos a que el artículo 1º de la LOSPP recorta ya anticipadamente su estricto ámbito cuando hace expresa referencia a la "cosa pública", parece más sensato entender que la ley no se aplica a tales directores, sino cuando su designación se haya hecho por un funcionario público en el obligatorio cumplimiento de un mandato legal, no cuando él acate simplemente la previsión de un estatuto fundacional privado que está en libertad de acatar o no, y ciertamente cuando los recursos de la entidad que debe administrar tal director no quepan en el concepto de "patrimonio público". Aunque no conozco los Estatutos de la Cruz Roja, las designaciones que en su directorio se encomiendan según creo al Ministro de Sanidad, pudieran servir de ejemplo a lo que digo, ya que igualmente entiendo que estoy hablando de una mera "asociación civil" de carácter privado.

b) *Contratistas de obras, suministros o servicios en favor de las entidades antes indicadas sub 2 y sub 3*

En segundo lugar, el artículo 14 de la ley potesta a la Contraloría General de la República y a los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público para imponer a cualquier persona natural o jurídica "que ejecute obras o suministre bienes o servicios a cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º", la obligación de formular y presentar declaraciones juradas de sus bienes. Potestad esta que, al tenor de la letra del numeral 5º del artículo 7º y del artículo 13 de la ley, dichos organismos pueden extender discrecionalmente a cualquier otra clase de persona, aun si ella no fuere en estricto rigor un contratista o suplidor de las entidades aludidas en el artículo 4º.

c) *Situación especial de estos contratistas cuando ellos sean sociedades en cuyo capital participen funcionarios*

La ley parece todavía hacer especial hincapié en aquellas personas jurídicas en cuyo capital participase directa o indirectamente o por persona interpuesta, cualquier persona que esté al servicio de la República, del Estado o de los Municipios y demás personas de derecho público, cuando ellas contrataren con algunas de las entidades señaladas en el artículo 4º (numeral 6º del artículo 22).

d) *Los particulares como potenciales sujetos activos de los delitos e infracciones tipificados en esta ley*

Cualquiera de esta categoría de personas, aun si ellas fueren sin duda alguna personas de carácter puramente privado, podrían resultar en sus casos por lo menos destinatarios de las sanciones previstas en los artículos 10 y 54 *in fine* (retención de cualquier remuneración que les corresponda), 11 (cierre forzoso de eventuales cajas de seguridad abiertas en su nombre), 14 (penas pecuniarias e interdicción de contratar con la A.P. y de recibir de ésta pagos por los contratos ya celebrados), 18 y ord. 4º del artículo 22 (sujeto de averiguaciones administrativas por presunto enriquecimiento ilícito u otro de los delitos previstos en la ley), 19 y 21 (multas hasta de Bs. 10.000), etc.

Además, dada la homologación que se ha hecho del contratista de obras o suplidor de bienes y servicios con el funcionario o empleado público cuando así lo decida el Contralor General de la República (artículo 14 y ordinal 3º del artículo 2º), bien pudiera intentar exten-

derse a dichos contratistas o suplidores, esto es, constructores, mandatarios judiciales, proveedores, etc., algunas de las sanciones administrativas previstas en los artículos 41 (multas hasta de Bs. 500.000), y podría pensarse en extenderles también ciertas sanciones penales en los supuestos de violaciones a la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional u otras de índole fiscal (artículo 51, ordinal 2º), en el caso de malversación culposa (artículo 59), etc.

Por lo demás, la ley es explícita en cuanto a la posibilidad de que estas mismas personas puedan ser sujetos activos de delitos tales como enriquecimiento ilícito (artículo 45), acuerdo fraudulento para desviar una licitación o subasta (Art. 70 *in fine*), fraudes en perjuicio de la Administración Pública (Arts. 71 y 78), falsedad en la declaración jurada de patrimonio (Art. 73), expedición o forjamiento de certificados médicos falsos (Art. 74), valimiento de funciones (Art. 77), etc.

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

ARMANDO RODRÍGUEZ G.

Sin lugar a dudas, uno de los puntos que planteará mayor interés en cuanto al análisis y aplicación de la ley, lo constituye la determinación de las personas a quienes van dirigidas sus regulaciones, los destinatarios de sus normas. A este ámbito personal de aplicación de la ley es a lo que denominamos *sujetos pasivos*.

Tal interés obedece a la amplitud de sujetos pasivos que el texto normativo señala, por una parte, y a la necesaria determinación de tales sujetos al momento de aplicar la ley, por la otra, lo cual hace concluir en una necesaria labor de interpretación, a objeto de lograr una delimitación coherente y lógica con los postulados y fines de las disposiciones legales que se comentan.

1. *El ámbito de la ley*

La tarea impuesta requiere comenzar por una referencia al ámbito de aplicación que la propia ley señala.

El Título I de la ley, identificado como: "Del objeto de la ley y de las personas sometidas a ella", indica en su artículo 1º:

Artículo 1º El objeto de la presente ley es prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública que en ella se determinan, y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los *funcionarios y empleados públicos y demás personas* que se indican en ella (subrayado nuestro).

Tal expresión permite señalar, por de pronto, que la ley no se dirige en forma exclusiva a funcionarios o empleados públicos, esto es,

no se trata de una ley destinada únicamente a funcionarios o empleados públicos, sino que además de éstos, se aplica a *otros* sujetos o personas.

Por su parte, en el artículo 2º se pretende determinar la noción de funcionario o empleado público, mediante el siguiente texto:

Artículo 2º Para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos: 1) A todos los que están investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades.

2) A los directores y administradores de las sociedades civiles o mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviere integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio; y, los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

3) A cualquiera otra persona, en los casos previstos en la presente ley.

Dicha formulación se complementa con lo establecido en el artículo 3º, que señala la aplicabilidad de las disposiciones de la ley a las personas indicadas en el artículo 2º, aun cuando "cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República", y con lo que el artículo 4º establece en cuanto a la consideración de patrimonio público:

Artículo 4º Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a: 1) La República; 2) Los Estados y Municipios; 3) Los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación; 4) Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieran los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 5) Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento; 6) Las

fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas.

Visto así el texto de las disposiciones que más directamente parecen dirigirse a perfilar la determinación de los sujetos destinatarios de la ley, pasemos a su análisis más detenido.

En primer lugar, y de acuerdo al texto del artículo 1º, podemos afirmar que la ley intenta proteger determinados bienes (que en algún caso denomina *cosa pública* —artículo 1º—, y en otros *patrimonio público* —artículo 4º—), mediante el castigo a la conducta reprochable que, observada por ciertos sujetos, pueda perjudicarlos.

Entonces, podemos distinguir un ámbito de sujetos y un ámbito de objetos, a los cuales se refiere la ley.

1.1. *Las personas sometidas a la ley*

Lo primero que llama la atención de la lectura del artículo 2º, es la amplitud y heterogeneidad de contenido que la norma pretende encerrar bajo la denominación “funcionarios o empleados públicos”, que utiliza en el encabezamiento.

A. El numeral 1 comprende a toda persona *investida de funciones públicas*, al servicio de cualquiera de las entidades político-territoriales (República, Estados o Municipios), o de institutos o establecimientos públicos que en virtud de alguna disposición legal estén sometidos a *algún tipo de control* (“de tutela, o de cualquier otro tipo”) por parte de dichas entidades.

La primera reflexión que provoca este numeral se refiere al alcance de la frase: “. . .que estén investidos de funciones públicas. . .”. Aun cuando nuestra doctrina ha aceptado que tal expresión (recogida también por la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, a la cual ésta deroga), abarca a todo aquel que ocupe un cargo previsto en la organización de los Poderes del Estado, sin importar su rango o nivel, es lo cierto, que la investidura de la función pública implica (al menos en un sentido estricto), el ejercicio de potestades públicas, la condición de órgano o centro de imputación de actos jurídicos, como parte de la entidad o persona jurídica a la cual se pertenece y en función de la cual se actúa.

De la opción de interpretación por alguna de las dos aproximaciones a la expresión vista, dependerá la mayor o menor amplitud de

sujetos sometidos a la ley (al menos en algunos de sus aspectos). En nuestra opinión existen algunos elementos de análisis en las disposiciones que se analizan para pensar que la intención del legislador ha sido la de dar a este término una gran amplitud, que sobrepasa sus límites usuales. En todo caso, parece innecesario el empleo de la expresión, como no sea para mantener la usada por la ley que se deroga, sobre todo, si ya en la terminología empleada por nuestros textos de derecho positivo se recogen expresiones que indican un espectro bien amplio —por no decir total—, como lo es la que utiliza el artículo 124 de la Constitución: “al servicio de...”.

Por lo pronto, la tendencia expansiva de la ley se acentúa, cuando en el mismo numeral 1 se añade (en relación con el texto correspondiente de la ley que se deroga), que el origen de tales funciones públicas puede ser incluso la vía contractual, y que los sujetos comprendidos en tal hipótesis serán aquellos que pertenecen a institutos o entidades públicas sujetos no sólo al control de tutela (contenido ya en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito), sino “...de cualquier otro tipo...”, lo cual no deja lugar a dudas en relación a que este numeral abarca todo el universo de lo que podría concebirse como estructura organizativa del Estado, incluidas las Administraciones Directas e Indirectas de sus entes político-territoriales.

B. El numeral 2º del mismo artículo comprende dos grupos de sujetos: En primer término los *directores* y *administradores* de cualquier persona jurídica (societaria, fundacional o de cualquier otra naturaleza), en la que cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º de la ley (aquellas a las que corresponde por cualquier título el “patrimonio público”), tenga una participación de capital o patrimonio igual o mayor al cincuenta por ciento.

En segundo lugar, los *directores* nombrados en representación de las entidades señaladas en el artículo 4º, en cualquier persona jurídica, en cuyo capital o patrimonio, tengan participación inferior al cincuenta por ciento.

El ámbito de sujetos previstos por este numeral abarca —en el primero de los casos— no sólo a todos los *directores*, esto es, a quienes ocupan cargos de dirección superior (Junta o Consejo Directivo, Consejo de Administración, etc.), sino también a quienes cubren cargos de administración, vale decir, de gestión ordinaria o diaria de la sociedad u otra persona jurídica de que se trate. En el segundo caso, se refiere solamente a aquellos *directores* designados en representación de los entes previstos en el artículo 4º.

Para ambas hipótesis es necesaria la existencia de un aporte patrimonial o una participación en el capital social de la persona jurídica de que se trate, por parte de las entidades comprendidas en el artículo 4º. No basta entonces con una donación, por ejemplo, para constituir alguna de las hipótesis a las cuales nos referimos. Es menester que el ente público (artículo 4º), sea propietario, tenga "participación" e interés financiero en la sociedad, en virtud del cual deriva una representación en su directiva.

No importa, a los fines de la ley, que la suscripción de capital o aporte patrimonial hubiere operado en la constitución de la persona jurídica o para este fin, o que sea posterior al comienzo de su giro. Lo que sí parece ser una exigencia de la norma, es que la erogación hecha por cualquiera de los entes comprendidos por el artículo 4º, lo sea con el ánimo u objeto de formar parte de tal persona jurídica, y no simplemente para, mediante un aporte financiero o de otra naturaleza, dar apoyo efectivo a un programa, o colaborar con el surgimiento o expansión de una determinada persona jurídica, sin asociarse en ella como contrapartida o efecto de su erogación o aporte.

C. Por último, el numeral 3 del artículo 2º, cierra (tal vez sería más apropiado decir "abre") el ámbito de la noción de "funcionario o empleado público", al señalar como tal: "A cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente ley".

Si bien los casos contemplados en los numerales analizados anteriormente ofrecen algunos flancos de necesaria interpretación, por la amplitud que pretenden conferir al concepto de funcionario o empleado público, el contenido del numeral que ahora nos ocupa, desborda toda posibilidad de consideración uniforme en relación a las hipótesis antes anotadas.

No existe a lo largo de la ley un común denominador para los dos grandes bloques de sujetos señalados de manera uniforme por su artículo 2º como funcionarios o empleados públicos, "para los efectos de esta ley". Tal vez la única posibilidad de aplicación indistinta esté en algunos de los tipos delictivos y en algunas de las obligaciones señaladas por el texto normativo; de resto, son dos categorías absolutamente diferenciadas de sujetos, compuestos por: los funcionarios o empleados públicos, y los particulares a quienes pueda aplicarse la ley, por encontrarse eventualmente en los supuestos de hecho que ella regula.

No puede dejar de criticarse esta imperfecta formulación por inútil y cradora de confusión.

Resultaba inútil, innecesario, predicar la condición de funcionario o empleado público de "cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente ley", puesto que sus disposiciones se aplicarían a cualquier sujeto a quien ella se dirigiese, sin necesidad de tal calificación, como en efecto sucede, cuando la ley habla repetidas veces de: "los particulares", "las demás personas indicadas en el artículo 2º", "el funcionario público o *cualquier persona*", "cualquier persona", "alguna de las personas sometidas a la ley", etc., para referirse a sujetos que, estando en los casos por ella previstos, resulta demasiado difícil, sin embargo, referir como "funcionario o empleado público".

La razón práctica de haber redactado el artículo 2º en los términos que presenta estaba en la facilidad de remitir cualquier disposición de la ley a una sola categoría de sujetos, si fuera este el caso, tal como sucede en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, que va dirigida a los funcionarios o empleados públicos, esto es, a una sola categoría de sujetos. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público expande su ámbito de aplicación en cuanto a destinatarios se refiere, al hacer aplicables sus regulaciones no sólo a los funcionarios, sino a quienes fuera del ejercicio de cargos públicos pudieran verse involucrados en ciertos supuestos expresamente calificados por ella. De allí, que la redacción de la parte final del artículo 1º, que incorpora no sólo a los funcionarios, sino a las "demás personas que se indican" en el texto de la ley, resultaba suficiente a tales objetivos, sin crear la confusión que provoca la redacción del artículo 2º, elaborado bajo la misma estructura de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, pero contraria a los supuestos del resto de su estructura normativa.

Tal situación impone la revisión de los aspectos sustantivos de la ley, para precisar dentro de las obligaciones, faltas, delitos, sanciones y penas que establece, cuáles se aplican a cada tipo de sujeto, y concretar así, en qué consiste la condición o situación de sujeto pasivo de esta ley.

1.2. *Los perfiles del patrimonio público*

Pero la labor señalada implica la necesidad de complementar el perfil de los objetivos y ámbito de aplicación de la ley, con una referencia —así sea superficial— a lo que podríamos llamar el elemento objetivo de su finalidad, identificado como "cosa pública" en su artículo 1º, y como "patrimonio público" en el artículo 4º.

En realidad este artículo, más que definir o determinar de manera sustantiva en qué consiste la noción de patrimonio público, señala un elenco de entidades político-territoriales y otras personas jurídicas de

carácter público y privado, indicando que es considerado patrimonio público "aquel que corresponda" a cualquiera de esos sujetos, "por cualquier título".

El elenco de sujetos señalados como titulares del patrimonio público tiene una cierta correspondencia con algunas de las personas calificadas como sujetos pasivos o destinatarios de la ley por el artículo 2º, concretamente, con aquellos que se comprenden en los numerales 1 y 2 del referido artículo 2º. No así, evidentemente, con los señalados en el numeral 3, pues resulta prácticamente imposible tal correspondencia.

Así, los titulares del patrimonio público señalados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 4º (la República, los Estados y Municipios, los Institutos Autónomos, establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público), son los sujetos capaces de conferir u otorgar la investidura de funcionario público, conforme a lo pautado en el numeral 1 del artículo 2º. En otras palabras, las personas que se desempeñan como *funcionarios públicos* (dependiendo la amplitud que se dé al término de la concepción amplia o restringida que se acoja), en la hipótesis contemplada por el numeral 1º del artículo 2º, son únicamente aquellas que derivan su condición de funcionario de alguno de los sujetos titulares de patrimonio público, señalados por el artículo 4º, en sus numerales 1, 2 y 3.

Por su parte, los sujetos titulares del patrimonio público, contenidos en los numerales 4, 5 y "primera parte" del 6, del mismo artículo 4º, son los generadores de los cargos cuyo ejercicio convierte a sus titulares en sujetos pasivos de la ley, por virtud del numeral 2 de su artículo 2º. Esto es, las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, creadas directamente por alguna de las entidades públicas territoriales o no territoriales, o por las personas jurídicas que ellos crearen. Se trata entonces de alcanzar con las disposiciones que se cometan, hasta lo que podríamos denominar la "tercera generación" de personas jurídicas provocadas o constituidas por entidades de derecho público, en razón de su participación social.

El numeral 6, sin embargo, amerita un comentario singular, pues si bien la primera parte del mismo presenta una evidente correspondencia con el numeral 2 del artículo 2º, cuando señala como titular del patrimonio público a: "Las fundaciones *constituidas y dirigidas* por algunas de las personas referidas en el presente artículo...", en cuyo caso podrían ser sujetos pasivos de la ley sus directores y administradores, o solamente los directores nombrados en representación de la entidad estatal que participa en la fundación, dependiendo del grado de

participación (en cuanto a porcentaje de la composición patrimonial); no sucede lo mismo con su referencia final, cuando contempla: "...o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas".

Lo impreciso de tal formulación hace difícil dibujar los perfiles de estos sujetos denominados por esta ley como titulares del patrimonio público, pues en cualquier situación en la que, de la gestión de una fundación (aun cuando su constitución sea totalmente originada y desarrollada con cargo a capital privado) *pudieran derivarse compromisos financieros* para algún ente público, o para alguna persona de derecho privado con un porcentaje de capital o aporte patrimonial público igual o superior al cincuenta por ciento, resultaría que tal fundación pasa a ser titular de patrimonio público, con las eventuales consecuencias que deriven de la aplicación de la ley.

¿Qué intenta significar la ley al hablar de la posibilidad de "derivarse compromisos financieros" para cualquiera de las personas señaladas en el artículo 4º?

Si imaginamos una situación en la cual una fundación (constituida y dirigida por particulares, y sin ninguna clase de aporte patrimonial público), contrata un préstamo con un instituto financiero cuyo capital social es mayoritariamente público (caso del numeral 4 del artículo 4º); un negocio jurídico tal, originado en la gestión de dicha fundación, deriva en un compromiso financiero para una de las personas cuyos tipos recoge el artículo 4º. ¿Ello significa, entonces, que a partir de tal situación, el patrimonio de la fundación pasa a considerarse como patrimonio público? Pareciera que esto cabe dentro de los términos que el legislador ha dado a la redacción de esta disposición.

La referencia contenida en el artículo 4º a la noción o determinación del *patrimonio público* no es, sin embargo, carente de sentido.

Por una parte, la ley pareciera dirigida a la protección de tal objeto, aunque, en efecto, pone más énfasis en la represión o sanción de conductas que considera reprochables, que en la prevención o salvaguarda del patrimonio. En todo caso, en algunas de sus disposiciones se hace referencia al "patrimonio público", tal como sucede, por ejemplo, en el artículo 100:

Artículo 100. Se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al Patrimonio Público, por quienes resultaren responsables de las infracciones previstas en esta ley...

La selección hecha para la designación de *patrimonio público* a través de la expresión contenida en el artículo 4º crea la posibilidad de dudas o interpretaciones diversas, debido a su vaguedad e imprecisión derivadas, sin duda, del afán de extender el manto protector de la ley hasta los más apartados ámbitos de presencia de algunos intereses pecuniarios del sector público. La intención pudiera ser loable, la efectividad en su aplicación, y los costos derivados de las confusiones e interpretaciones encontradas que puedan producirse en base a estos aspectos del texto normativo que se estudia, pudieran ser más próximos a la significación negativa, que al balance positivo. En todo caso, parecieran existir formulaciones más simples, menos confusas y más realistas que la escogida.

En resumen, la determinación de los sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, exige, como punto de partida, el análisis de los artículos que conforman su Título I, pero no es suficiente esa tarea para lograr el objetivo propuesto.

2. *Obligaciones, responsabilidades, delitos y sanciones, en relación a los sujetos pasivos de la ley*

Escapa a la finalidad de este estudio, el examen exhaustivo del contenido de la ley. La aproximación que se ofrece a sus aspectos sustantivos relacionados con obligaciones, responsabilidades, delitos y sanciones, previstos, tipificados o definidos en ella, obedece a una razón de carácter práctico, cual es la de ofrecer una aproximación sistematizada a los sujetos destinatarios de sus normas.

Habiéndose señalado anteriormente la no homogeneidad de sujetos pasivos de la ley, a pesar de su aparente uniformidad derivada de la estructura ofrecida por sus disposiciones iniciales, se ha escogido la vía de seleccionar algunos (sólo algunos) de sus aspectos sustantivos, con el objeto de verificar y confirmar tales afirmaciones. Hecha esta advertencia preliminar comencemos por referirnos a algunas de las obligaciones que la ley impone.

2.1. *Obligaciones*

Dentro de las obligaciones que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público impone, ocupa lugar predominante, por constituir un eje fundamental para su aplicación, la obligación de hacer y presentar la declaración jurada de patrimonio. Tal obligación está

prevista por diferentes disposiciones y en diferentes supuestos, precisamente por estar dirigida a *diferentes sujetos*.

La primera de estas previsiones está contemplada en el encabezamiento del artículo 5º de la ley.

Artículo 5º *Las personas señaladas en el artículo 2º de esta ley, deberán hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas...* (subrayado nuestro).

De la lectura inicial de esta disposición se desprende que tanto aquellas personas investidas de funciones públicas, como quienes ocupan cargos de directores o administradores previstos en el numeral 2 del artículo 2º, como *todas las demás personas previstas en la ley* (artículo 2º numeral 3), están en la obligación de hacer la declaración jurada de patrimonio. Tal es, en términos exactos, el postulado que resulta de la remisión que hace la disposición transcrita.

Tales son, en efecto, las "personas señaladas en el artículo 2º". Sin embargo, no es esa la realidad. No todas las personas previstas en el artículo 2º de la ley, están obligadas por su artículo 5º, pues no todas ellas son realmente "funcionarios o empleados públicos" (aunque la ley inapropiadamente así lo quiso establecer). La disposición contenida en el artículo 5º, refiere la obligación de hacer la declaración jurada de patrimonio, al momento de "tomar posesión", o "cesar en el ejercicio de empleos o funciones públicas". Mal puede cumplir, entonces, tal obligación, quien no ocupa ningún cargo, quien no ejerce la función pública, quien —aunque resulte contrario al texto de la ley— no puede ser considerado como funcionario o empleado público, así sea "a los efectos" de esa ley.

El texto del artículo 7º, exceptúa de tal obligación a varias categorías de sujetos, todos ellos funcionarios públicos en sentido estricto.

Artículo 7º Están exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio:

- 1º) Los profesores y maestros que no tengan otra actividad pública que la enseñanza.
- 2º) Los suboficiales, clases y soldados de las Fuerzas Armadas Nacionales, que no ejerzan funciones administrativas.

3º) Los miembros de las academias, de comisiones de legislación y de cuerpos consultivos.

4º) Los que sólo tuvieren funciones eventuales, interinas o transitorias, que no excedan de tres meses, salvo aquellas que presten servicios o ejerzan gestiones, negocios o mandatos en el exterior y no estén exceptuados en los ordinales anteriores.

5º) Los que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución motivada, por la naturaleza de las funciones que desempeñen.

Parágrafo único: La Contraloría General de la República, podrá ordenar a cualquiera de las personas exceptuadas en el artículo precedente, que formule declaración jurada de patrimonio en el término prudencial que le señale, cuando, a su juicio, ello fuere necesario con motivo de la investigación que aquella practique.

Por su parte, en el artículo 12 se establece lo siguiente:

Artículo 12. La Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente, en cualquier tiempo, podrán exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio a las personas indicadas en el artículo 2º de esta ley. En ese caso, dicha declaración deberá formularla el obligado dentro de los treinta días continuos siguientes a la notificación de la correspondiente resolución.

Aun cuando pareciera inicialmente que esta disposición sí estaría dirigida a cualquiera de los sujetos previstos en el artículo segundo (incluyendo a los particulares que es a quienes en definitiva se refiere su numeral 3), debemos concluir que, también en esta norma se refiere el legislador a quien ejerce un cargo público o quien se desempeña como director o administrador en los casos previstos por el numeral 2º del tantas veces señalado artículo 2º.

Lo que en definitiva establece el artículo 12 es la obligación adicional a la señalada en el artículo 5º, de presentar la declaración jurada, a requerimiento de la Contraloría General de la República, o del órgano jurisdiccional competente, en un plazo menor al acordado para la obligación inicial prevista por la misma ley, en su artículo 5º. Esta interpretación se fundamenta en la existencia misma de las disposiciones que se analizan a continuación, y que sólo tienen explicación o razón de ser si entiende el artículo 12 en los términos señalados; de otra forma, como se verá, carecerían de sentido las disposiciones de los artículos 13 y 14.

En síntesis, la obligación de hacer la declaración jurada de patrimonio establecida en el artículo 5º de la ley, así como la que señala el artículo 12 y la excepción prevista en el artículo 7º, sólo son aplicables a las personas contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 2º.

Además de ello, existe otra obligación impuesta por el mismo artículo 5º a determinados funcionarios públicos, cuando señala:

A quienes competa hacer el nombramiento o designación y a los presidentes de cuerpos integrados por funcionarios electos, corresponderá participar a la Contraloría General de la República las elecciones recaídas, los nombramientos o designaciones hechas y las respectivas tomas de posesión de cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2º de esta ley, a los fines del Registro de Funcionarios o Empleados Públicos.

Tal participación deberá hacerla el obligado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en la cual el funcionario o empleado asuma el ejercicio del cargo.

Parágrafo único: La Contraloría General de la República, en casos excepcionales y justificados, podrá prorrogar los lapsos antes indicados.

Esta obligación incumbe, evidentemente, a determinados sujetos de los contemplados en los numerales 1 y 2 del artículo 2º. En este caso cabe señalar, como nota curiosa, que parece no existir sanción expresa en la ley para el incumplimiento de la obligación aquí señalada.

Por razones de lógica en la argumentación, vamos a analizar en primer término el contenido del artículo 14.

Artículo 14. Las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a cualesquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta ley, deberán formular o presentar declaración jurada de patrimonio cuando les sea exigido por la Contraloría General de la República o el tribunal competente en el curso de las investigaciones que realicen.

Mientras no den cumplimiento a esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos.

En este caso, la obligación de "formular o presentar" la declaración jurada de patrimonio corresponde a las personas *naturales o jurídicas* contratistas de cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º.

Estas son algunas de aquellas *otras personas* que el artículo segundo en su numeral 3 califica indebidamente como funcionario o empleado público. Insistimos en el señalamiento de su indebida calificación de funcionario o empleado, pues la propia ley, en el artículo que se analiza no utiliza —no podría utilizar, para ser más preciso— ese término, a pesar de la previsión que intenta hacerse en el señalado artículo 2º.

Llama la atención el hecho de que en este caso, el sujeto obligado puede ser además de una persona natural o una persona jurídica, lo cual permite una diferencia significativa, pues en todos los demás casos —los casos de sujetos pasivos distintos a los contemplados en el numeral 3 del artículo 2º— sólo son destinatarios de la ley personas naturales, no personas jurídicas.

Aquí, a diferencia de la situación señalada con anterioridad, el supuesto de la obligación no está dado por el ejercicio de un cargo o actividad, sino como efecto del requerimiento hecho por un órgano competente a tal fin (Contraloría General de la República o tribunal competente), y dentro de una situación específicamente determinada (se requiere la existencia de un procedimiento investigativo en curso). Aun en este caso, si bien el sujeto pasivo es un particular, se requiere una calificación especial dada por el hecho de ser contratista de alguno de los sujetos previstos en los distintos apartados del artículo 4º. Pero además, la condición de contratista exigida no comprende cualquier tipo de contrato o negocio jurídico, hace falta que el objeto de tales contratos sea la ejecución de obras o el suministro de bienes o servicios.

Por último, dentro de esta ligera referencia a los destinatarios de obligaciones prescritas por la ley, veamos el alcance del artículo 13.

Artículo 13. El tribunal competente podrá exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio a personas distintas a las indicadas en el artículo 2º de esta ley, cuando, de las investigaciones de que esté conociendo, surjan indicios de delitos contra el Patrimonio Público. Los requeridos deberán formularla dentro de un plazo no mayor de sesenta días continuos, contados desde la fecha de la notificación de la correspondiente resolución.

Lo primero que salta a la vista es el empleo de la expresión: "...personas *distintas* a las indicadas en el artículo 2º de esta ley..." (subrayado nuestro), contrastante con la tantas veces señalada expresión del numeral 3 de este artículo 2º, que califica como destinatario de la ley a "cualquier otra persona", en los casos previstos en ella.

Resulta contrastante (por no decir absurdo), que la ley, en su texto, pudiera referirse a alguna persona *no prevista* en los casos o hipótesis por ella regulados. En otras palabras, no puede existir ninguna persona *distinta* a las indicadas en el artículo 2º, dentro del marco que la propia ley establezca, y si esta hipotética persona estuviera fuera de ese marco, entonces, no le es aplicable la ley.

Este artículo consagra la obligación de presentar la declaración jurada de patrimonio con destinatarios más amplios o indeterminados. En este caso la obligación puede surgir en cabeza de cualquier persona (particular), a instancia del tribunal competente, y con ocasión del desarrollo de investigaciones de las cuales surjan indicios de delitos contra el Patrimonio Público.

El contenido de este artículo permite confirmar la expansión o amplitud del ámbito de destinatarios que efectiva y realmente la ley diseña, así como la incongruencia e imperfección de redacción que su texto ofrece.

2.2. *Responsabilidades y delitos*

El punto que ahora se inicia, va dirigido a presentar un esbozo general de lo que podríamos agrupar bajo el rubro global de infracciones previstas en la ley, como medio de demostración de la falta de uniformidad de los sujetos pasivos de la misma, en función de la diferente aplicabilidad de los tipos, según se trate de una u otra categoría de destinatarios.

Para ello, haremos una referencia a algunas de las disposiciones que establecen los diferentes tipos de infracciones, que conducen a distintas clases de responsabilidades (civil, penal, administrativa o disciplinaria), indicando como algunos de ellos son aplicables, o en todo caso dirigidos en forma exclusiva o al menos de manera directa o sólo algunos de los sujetos previstos en el artículo 2º, y no indiscriminadamente a cualquiera de ellos.

2.2.1. *Responsabilidad administrativa y civil*

El Título IV de la ley va dirigido a regular la responsabilidad administrativa y civil, y el artículo 32 que encabeza el referido Título IV señala:

Artículo 32. El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una dis-

posición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil.

Cabe preguntarse, si cuando este artículo "el funcionario o empleado público", está dirigiéndose de manera indistinta a todos los sujetos que bajo esa misma denominación agrupa el artículo 2°.

El texto del artículo siguiente pareciera abonar en favor de una respuesta positiva, cuando remite de manera expresa esa disposición.

Artículo 33. La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2° de esta ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley.

Sin embargo, el contenido de los artículos 34, 35 y 36 parece perfilar figuras o tipos de infracción que no pueden ser cometidas por particulares, vale decir, que requieren, como presupuesto, el ejercicio efectivo y real de funciones o cargos públicos.

Así, el artículo 35 supone la existencia del ejercicio de una función al disponer:

Salvo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República incurren en responsabilidad administrativa, además de la responsabilidad penal y civil que establece esta ley, los funcionarios que sin estar previa y legalmente autorizados para ello, o sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza que puedan afectar la responsabilidad de la República o de alguna de las entidades señaladas en el artículo 4° de esta ley. En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Por su parte, la hipótesis regulada por el artículo 36 implica el manejo de fondos públicos, o el poder de manejo, administración o giro de un instituto o ente público (cabría preguntarse en este momento, si el término "fondos públicos" es usado en este artículo como fondos pertenecientes a cualquiera de los entes titulares del patrimonio público, o sólo a los que califica de entes públicos).

Igualmente, el supuesto del artículo 37: pago, uso o disposición indebida de fondos, está referido indudablemente a quien ejerce un cargo público, pues señala las situaciones de jerarquía, subordinación, etc.

Los artículos 38 y 39 no ameritan comentario especial, salvo el hecho de que en ellos la ley es cautelosa, o mejor dicho precisa, al señalar destinatarios concretos cuando hace la remisión al artículo 2º, reconociendo que no todos son una misma y única categoría de sujetos.

Por su parte, los artículos 40 y 41, están también, definitivamente, dirigidos a calificar la conducta reprochable de funcionarios o empleados públicos, en el ejercicio de sus funciones, por lo cual no resultan aplicables a los otros sujetos destinatarios de la ley (particulares) impropia-mente calificados de funcionarios. En efecto, el artículo 40 supone actos realizados por quienes deben cumplir una tarea que corresponde a la "administración pública", en los propios términos de la norma (suministro de planillas, formularios o formatos).

De igual forma el artículo 41, al regular 9 supuestos de conductas o situaciones que se califican de reprochables, a juicio discrecional de la Contraloría General de la República al considerar que tales situaciones debían operarse o sucederse en oportunidad, intensidad o dirección diferente a la decidida o seleccionada por quien es responsable en tomar la decisión, hace referencias constantes a "organismos", u "organismos públicos", o "bienes del Patrimonio Público", lo cual reduce tales supuestos a quienes ejercen cargos vinculados a organismos públicos, y no al ejercicio de la actividad privada.

2.2.2. *Delitos*

Además de la tipificación de conductas de las cuales puede derivarse responsabilidad civil o administrativa que, como vimos, se predica fundamentalmente de los sujetos comprendidos en los numerales 1 y 2 del artículo 2º, la ley establece tipos penales, conducentes a una responsabilidad penal. En estos casos, el espectro de destinatarios es más amplio incorporándose un mayor número de supuestos de aplicación de la ley a particulares, para lo cual, en su redacción se especifica si tales tipos se aplican a "funcionarios" o a funcionarios y cualquier otra persona que se coloque en el supuesto de hecho previsto por la norma.

En los artículos 58 a 63, y 65 a 70, se señalan tipos delictivos que suponen el ejercicio efectivo de la función pública, de los cuales, entonces, no podrían ser sujetos activos (autores de los delitos), las personas a que se refiere el numeral 3 del artículo 2º, es decir, los particulares, aunque en virtud de ese artículo tuvieran el carácter de "funcionario público" a los efectos de la ley, y aunque ésta, en todas las

disposiciones señaladas indique como sujeto de la acción al funcionario público.

En otros casos la ley se dirige indistintamente a funcionarios y no funcionarios, como sucede, por ejemplo en los artículos 64, 70, 71, numerales 1, 3, 4 y 5; 73 y 76 entre otros; o a sujetos precisos para los cuales no juega la condición o no de funcionario público en su consideración como sujeto pasivo de la ley, tal como sucede con el artículo 74, en cuyo supuesto el actor puede ser cualquier médico o profesional de la salud, sin importar, a estos fines, su condición o no de funcionario o empleado público.

2.3. Sanciones

Así como la estructura de obligaciones y el diseño de conductas que se tipifican como generadoras de responsabilidades de distinta índole, obedece a una diversa composición de destinatarios, así también, en consecuencia, las sanciones previstas como respuestas al incumplimiento de tales obligaciones, o a la realización de las conductas generadoras de responsabilidad, tendrán como destinatario a sujetos o personas distintas según se trate de funcionarios o particulares.

La demostración, en este momento, parece menos necesaria, o al menos parece necesitar menos elementos probatorios en cuanto a la afirmación que se ha venido repitiendo a lo largo del estudio.

Baste señalar entonces que algunas de las sanciones sólo se aplican a funcionarios, como es el caso del artículo 10, pues resultaría difícil retener la remuneración de aquel sobre el cual no se tiene tal poder.

Artículo 10. A las personas que no hubieren presentado la declaración jurada de patrimonio en el término señalado, se les retendrá el pago de las remuneraciones mientras no den cumplimiento a la obligación indicada. Esta retención se mantendrá hasta que el funcionario o empleado público presente prueba fehaciente de que entregó dicha declaración al funcionario autorizado por la Contraloría General de la República para recibirla.

En otros casos, la sanción por incumplimiento de obligaciones sólo es aplicable a particulares, como sucede en el caso previsto por el artículo 14, en el cual debemos subrayar el hecho de que abarca incluso a personas jurídicas:

Artículo 14. Las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a cualesquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta ley, deberán formular o presentar declaración jurada de patrimonio cuando les sea exigido por la Contraloría General de la República o el tribunal competente en el curso de las investigaciones que realicen.

Mientras no den cumplimiento a esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos.

En síntesis, aun cuando la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público pareciera abarcar un ámbito de destinatarios que pudieran reducirse a un tratamiento homogéneo y a una denominación uniforme, como se desprendería de una lectura superficial de su artículo 2º, la realidad es que la ley puede aplicarse a una heterogeneidad de sujetos, en situaciones, por razones, con intensidades, mediante procedimientos y con efectos distintos.

La inadecuada redacción de algunos de sus artículos iniciales, y el ambicioso ámbito subjetivo y sustantivo que se pretende cubrir con su normativa pueden provocar serios problemas como consecuencia de su aplicación, lo que amerita una interpretación aguda y una buena dosis de prudencia en la administración de los instrumentos que ofrece, para no desvirtuar sus fines y convertirla en elemento entorpecedor de la marcha administrativa del Estado.

LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

JUAN GARRIDO ROVIRA

El tema que me ha correspondido desarrollar es el relativo a "Las Empresas del Estado y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". Como el doctor Brewer-Carías lo decía hace poco, se plantean muchas dudas y problemas de interpretación y de aplicación, o se plantearán en el momento en que la ley entre en vigencia, en función de los supuestos de acciones, hechos u omisiones concretos que se vayan presentando en la gestión de las Empresas del Estado.

Pienso que un modo conveniente de tratar el tema es relacionar la categoría "Empresas del Estado" con los elementos que resultan determinantes para la aplicación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esos elementos son, a mi juicio, fundamentalmente los siguientes:

En primer lugar, el patrimonio público, concebido como el activo y el pasivo de determinadas personas jurídicas señaladas en la ley; en segundo lugar, el funcionario público, concebido como la categoría constituida por las personas naturales señaladas por la propia ley en el artículo 2º, y, en tercer lugar, los ilícitos administrativos y los delitos penales que se materializan con determinados hechos, acciones u omisiones o situaciones tipificadas en la ley y que dan lugar a las sanciones previstas en la propia ley, sea en el ámbito administrativo, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, o en el ámbito penal, como consecuencia de una sentencia condenatoria por la comisión de alguno de los delitos tipificados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

I

EL ELEMENTO PATRIMONIO PÚBLICO Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO

En primer lugar, veamos la relación que tiene el elemento Patrimonio Público con la mencionada ley. Dice el artículo 4º de la ley: "se considera Patrimonio Público aquel que corresponde por cualquier título a . . .", y en el numeral 4 se establece: "Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al 50 por ciento del capital social. Quedarán comprendidas además las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional".

Como puede apreciarse, la norma citada no habla de empresas del Estado. En el texto de la ley sólo se mencionan las Empresas del Estado en el artículo 82, dando a entender que se trata de una categoría jurídico-administrativa con un régimen jurídico-administrativo específico. Pero, al tratar de señalar el patrimonio de las personas jurídicas que se considera patrimonio público el texto legal habla de sociedades, no se refiere expresamente a las Empresas del Estado.

En este sentido, es conveniente señalar que en nuestro derecho no existe una definición general y universal de la empresa del Estado. De manera que, desde este punto de vista, la empresa del Estado no es una categoría jurídico-administrativa como lo es, por ejemplo, el Instituto Autónomo. No hay, pues, una definición general y universal de la empresa del Estado. Sin embargo, sí hay normas legales y sublegales que a efectos específicos determinan o señalan una definición de Empresa del Estado.

Las leyes más relevantes en el orden financiero y administrativo, la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y la Ley Orgánica de Crédito Público y ahora la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no se refieren a las Empresas del Estado como categoría, sino a las sociedades donde el Estado o donde unas determinadas personas jurídicas, que las señala la propia ley, tienen participación igual o superior al 50 por ciento.

Aun cuando, como hemos dicho, no hay una definición universal y general de las Empresas del Estado, es de observar que la tendencia en las diversas normas legales y sublegales es la de proporcionarnos

unas notas definitorias de las Empresas del Estado, y así éstas aparecen como sociedades mercantiles en las cuales el Estado, bajo la forma de una persona jurídica pública territorial o no territorial, o bajo la forma de una persona jurídica estatal con forma de derecho privado, detenta bien sea el 100 por ciento de las acciones o al menos un *quantum* superior al 50 por ciento.

La determinación, por tanto, del concepto de Empresa del Estado no es absolutamente indispensable a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, porque como dijimos, la ley sólo lo utiliza en el artículo 82 cuando se refiere a la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento de los altos directivos.

Por tanto, lo más importante, desde el punto de vista de la determinación de cuáles personas jurídicas o qué patrimonio es patrimonio público, está en el artículo 4º. La ley establece tal determinación haciendo referencia a la participación accionaria que ciertas personas jurídicas estatales, sea de derecho público o de derecho privado, tienen en determinadas sociedades. De la unión de ambos elementos, es decir, del *quantum* de participación accionaria y del tipo de persona jurídica que detenta la participación accionaria, es que vamos a derivar, vamos a poder precisar las sociedades cuyo patrimonio se considera, a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, como Patrimonio Público.

Decía antes que, en efecto, este es el mismo criterio seguido por la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y por la Ley Orgánica de Crédito Público.

Siguiendo la metodología que nos impone la propia ley, podemos afirmar que las sociedades cuyo patrimonio debe ser considerado Patrimonio Público son las siguientes: en primer lugar, las sociedades en las cuales las personas públicas territoriales, vale decir, la República, los Estados y los Municipios, y las no territoriales, o sea, los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas de Derecho Público, tengan participación accionaria igual o mayor al 50 por ciento.

Estas sociedades las podemos llamar sociedades del Estado o Empresas del Estado de primer grado, porque son, en el orden lógico y en el orden cronológico, las primeras en constituirse, en virtud de que, por un lado, cuando nos planteamos el concepto de Estado en el orden lógico, lo primero que aparece son las personas públicas territoriales, luego las personas públicas no territoriales y finalmente las personas jurídicas estatales con forma de derecho privado. Y en el orden

cronológico porque, ciertamente, las personas jurídicas que históricamente empezaron a tener participación accionaria en empresas, fueron, primero, la República, y luego, las personas públicas no territoriales, esto es, los Institutos Autónomos, en la medida en que se fue acentuando, sobre todo a partir de los años 60, el proceso de descentralización funcional.

En segundo lugar, aparecen las sociedades del Estado o Empresas del Estado en las cuales las sociedades de primer grado tienen participación igual o superior al 50 por ciento; estas sociedades o empresas las podemos llamar sociedades de segundo grado, porque su participación accionaria pertenece, en un *quantum* igual o superior al 50 por ciento, a las sociedades de primer grado.

En tercer lugar, podríamos decir, aun cuando de hecho la gestión empresarial del Estado se agota en las sociedades de segundo grado, que existen sociedades del Estado de tercer grado, porque las sociedades de segundo grado podrían ser titulares de participación accionaria en un *quantum* igual o superior al 50 por ciento en otras sociedades.

El texto de la ley parece limitarse a las sociedades de primero y de segundo grado, porque el numeral 4º, que antes leíamos, dice: que se considera patrimonio público el patrimonio que pertenece a las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieren los numerales anteriores. La República es persona pública territorial y las demás personas a que se refieren los numerales anteriores, son las personas públicas no territoriales: los Institutos Autónomos y los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público. De manera que allí parece agotarse el concepto de Patrimonio Público con relación a las sociedades, en las de primer grado y segundo grado.

Ahora bien, la participación accionaria, que es el supuesto que la ley considera como válido para hablar de sociedades cuyo patrimonio es Patrimonio Público, puede ser conjunta o separada por parte de los diversos tipos de personas jurídicas que pueden detentar dicha participación accionaria.

De manera que, en este sentido, debe tenerse presente que una sociedad cuyo patrimonio sea considerado patrimonio público, puede surgir de la participación accionaria, sola o conjunta, de personas públicas-territoriales, personas públicas no territoriales y personas jurídicas estatales con forma de derecho privado.

En otras palabras y con ejemplos concretos: una persona pública territorial, por ejemplo, la República de Venezuela, puede ser única

accionista de una empresa, como es el caso de Petróleos de Venezuela; una persona pública no territorial, facultada expresamente por ley, porque ello constituye una derogatoria del derecho común, como es el caso de la ley que crea el Instituto Nacional de Puertos, puede poseer la totalidad de las acciones de una empresa.

Se puede combinar la participación accionaria de las personas públicas territoriales, esto es, la República, los Estados o los Municipios entre sí; o puede combinarse la participación accionaria de la persona pública territorial con la persona pública no territorial. Es decir, una empresa donde la República tenga acciones y un Instituto Autónomo tenga acciones. O puede también darse el caso de una participación accionaria de personas públicas territoriales con sociedades de primer grado, o de personas públicas no territoriales con sociedades de primer grado o aun de segundo grado.

Así, una vez creadas las personas jurídicas estatales cuya participación accionaria va a producir efectos en el ámbito de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, vamos a tener un universo variadísimo de sociedades cuyo patrimonio se considera Patrimonio Público. Es conocido que estas sociedades, cuyas acciones sean poseídas por personas públicas territoriales o no territoriales, o por sociedades de primero o de segundo grado, probablemente están sobre un número cercano a las 200 empresas, y que manejan cuantiosos recursos financieros, materiales y humanos y que tienen asignados la consecución de fines estatales normalmente en el ámbito económico y, en algunos casos, también en el ámbito económico-social.

Estimo que de esta forma queda relacionado el concepto de Patrimonio Público con la Empresa del Estado, al haber determinado qué sociedades van a ser consideradas titulares de Patrimonio Público, siendo de notar que la ley se extiende explícitamente a las sociedades que hemos llamado de primer grado y a las sociedades que hemos llamado de segundo grado.

II

RELACION DEL ELEMENTO FUNCIONARIO PÚBLICO CON LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El siguiente paso sería relacionar, con las empresas del Estado, el concepto de "Funcionario Público" que está establecido en la ley en el artículo 2º, numeral 2. En esta disposición se expresa que, para los efec-

tos de la mencionada ley, se consideran funcionarios o empleados públicos a los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo patrimonio esté integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de la ley, igual o mayor al 50 por ciento del capital o patrimonio, así como los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación sea inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio.

Lo importante de esta norma es que considera como patrimonio público el patrimonio de sociedades en las cuales personas públicas territoriales, personas públicas no territoriales u otras personas jurídicas estatales tienen una participación accionaria igual o mayor al 50 por ciento.

Históricamente, las empresas del Estado nacieron y aún siguen naciendo a la vida jurídica en el ámbito del Derecho Común. El bloque normativo o bloque de normas que se aplicaba a estas empresas era siempre de derecho común, hasta que empezaron a surgir una serie de regulaciones de Derecho Administrativo que empezaron a sujetar a dichas empresas a normas de Derecho Administrativo, sin que dichas empresas —por así decirlo— integren o formen parte del derecho administrativo tradicional o clásico, porque estas empresas no son órganos del Poder Público, no ejercen la potestad pública y, en consecuencia, por ejemplo, no dictan actos administrativos.

Sin embargo, desde el punto de vista sociojurídico, la cuantía de recursos y el tipo de fines que le fueron asignados eran y son tan estatales, como pueden serlo el patrimonio y la finalidad que tienen asignadas las personas públicas no territoriales como son, por ejemplo, los Institutos Autónomos.

Entonces, esto explica que, sin que en el ámbito general y global los miembros del personal de las empresas del Estado sean funcionarios públicos —porque no son funcionarios públicos, no se rigen por la Ley de Carrera Administrativa—, sin embargo, a efectos específicos, especiales y particulares de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los directores y administradores de las empresas del Estado se consideran funcionarios públicos.

Esos directores y administradores son, en mi criterio, los directores y administradores de las sociedades de primer grado, los directores y administradores de las sociedades de segundo grado y los directores y administradores de las sociedades de tercer grado. También quedan comprendidos allí, además, los directores de sociedades mercantiles

nombrados en representación de cualquiera de las personas jurídicas señaladas en el artículo 4º. Ya el doctor Brewer-Carías mencionaba en la etapa de preguntas de la conferencia anterior, que el Estado puede tener participaciones complementarias, por ejemplo, tener participaciones inferiores al 50 por ciento y las tiene de hecho en empresas, y aun cuando la ley no considera esa empresa como titular de patrimonio público, sí considera funcionario al director nombrado en representación de una persona jurídica estatal titular de un determinado *quantum* de acciones. Así puede ocurrir, por ejemplo, en una empresa donde el Fondo de Inversiones tenga una participación minoritaria, y el director nombrado en representación del dicho instituto sea considerado funcionario público.

El siguiente problema que habría que plantearse es: cuál es el alcance de la expresión "directores" y "administradores", porque la ley limita el calificativo de funcionarios públicos solamente a los directores y administradores de las sociedades que, por aplicación del artículo 4º, pueden considerarse titulares del patrimonio público. No extiende tal calificación a todo el personal de esas empresas del Estado o sociedades del Estado. No conceptúa a todo el personal como funcionarios públicos, sino lo limita a los directores y administradores.

Entonces, parecería lógico plantearse cuál es el alcance de la expresión "directores" y "administradores". Yo pienso que éste no es, como pudiera parecer a primera vista, un simple problema semántico: aquel que se llame director o administrador ese es funcionario público a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Sin duda, normalmente, cuando una persona desempeña un cargo cuyo título lleva antepuesto la mención de director o de administrador ordinariamente el contenido de las funciones que desempeña es de orden directivo-administrativo.

Creo que la determinación de quienes son directores y administradores debe hacerse mediante la combinación de elementos formales y de elementos materiales, apreciables dentro de la estructura de la propia empresa, siendo, en principio, difícil señalar todas las personas que deben ser consideradas directores y administradores.

En este sentido, conviene tener en cuenta que la diferencia de régimen jurídico que existe entre las empresas del Estado y las entidades que integran la administración central, se manifiesta, entre otros aspectos, en que la organización de dichas empresas no está previamente determinada por la ley y la competencia, organización y funcionamiento

de sus órganos no vienen determinados por leyes o por normas de rango sublegal como ocurre en el caso de la administración central.

La administración central tiene una estructura, por lo demás piramidal, expresamente señalada en la Ley Orgánica de Administración Central y luego complementada con los reglamentos orgánicos y los reglamentos internos de cada Ministerio. Y es relativamente fácil colegir del examen que se haga de esos reglamentos, qué órganos tienen asignadas funciones directivas o funciones administrativas y qué órganos tienen asignadas funciones estrictamente operativas. Este no es el caso de las empresas del Estado, porque la competencia, organización y funcionamiento de sus órganos van a depender tanto de disposiciones estatutarias como de situaciones normativas no estatutarias, así como de situaciones de organización informal que difícilmente se pudieran plantear en la administración central, o que, si se llegasen a plantear, serían probablemente ilegales, mientras que en el caso de las empresas del Estado su ilegalidad sería discutible por cuanto cabría analizar elementos de orden civil y mercantil.

De la combinación o del análisis de elementos formales y materiales en la estructura de la empresa, es que se debe determinar quiénes son directores y administradores. Podemos señalar que, sin duda, hay elementos formales, como son, concretamente, el título del cargo que se desempeña y la jerarquía del cargo, entendiendo por jerarquía el escalonamiento formal de la potestad en la estructura, de cuyo examen puede concluirse que, formalmente, el título de director o de administrador de un funcionario, con una jerarquía específica, lo califica como funcionario público a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Pero, no solamente son elementos formales los que deban ser examinados, también hay que examinar elementos de orden material, concretamente el contenido de la función. ¿Cuál es el contenido específico de la función?, ¿cuáles son los actos que se pueden desarrollar con base en una función determinada?

Normalmente, las funciones se entienden como un grupo de actividades y las actividades como un conjunto de actos. Las funciones suelen ser recogidas en las disposiciones organizativas de la empresa. Pero, en ocasiones, puede ocurrir que determinados órganos que no tengan asignados formalmente ciertas funciones, y que no les corresponda realizarlas, sin embargo, realicen aislada o accidentalmente determinados actos, que puedan ser considerados actos de administración.

Entonces, el darle sentido amplio o restringido o un sentido preciso, exacto y concreto a la expresión director o administrador, va a depender mucho de la estructura administrativa de la empresa y del examen de esa estructura. Sin duda, siempre se podrá señalar que aquellas personas que toman decisiones que afectan el patrimonio de la empresa en su cantidad o en su calidad o que detentan, custodian o manejan fondos o que ordenan compromisos y pagos, son directores o administradores según el título del cargo y la jerarquía.

Pero, examinar el contenido concreto y específico de la función será siempre absolutamente indispensable para poder determinar si se desempeñan funciones directivas o de administración, aun cuando no se tenga el título y aun cuando eventualmente no se tenga la jerarquía, y así precisar si una persona que no tiene el título de administrador, pero que su función es total o parcialmente de administración, deba o no ser considerado como administrador a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En resumen, hay situaciones muy claras en las cuales no hay ninguna duda de que determinada persona por el título del cargo, la jerarquía y el contenido de la función, es director o administrador a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, así como hay niveles operativos en las empresas en los cuales, por la naturaleza de la función operativa, por el título del cargo y por la jerarquía que se tiene, uno puede afirmar que una persona no es director ni administrador.

Pero, entre ambos extremos yo pienso que, según la naturaleza de las empresas y sus características, puede haber perfectamente personas que tengan función directiva o administrativa en las cuales no haya un título propiamente de director o administrador.

De la combinación, por tanto, de los elementos formales y de los elementos materiales, podemos decir, que son directores y administradores: en primer lugar, las personas integrantes de órganos estatutarios unipersonales o colegiados que tienen atribuidas funciones de dirección y administración. Normalmente, estos son los altos funcionarios directivos y administrativos, porque son la respuesta organizativa a las exigencias estatutarias y son las personas que tienen atribuidas las funciones de dirección y administración superiores de la empresa.

Sin embargo, también son directores y administradores y deben ser considerados así a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda, aquellas personas integrantes o titulares de órganos no estatutarios, pero que

tienen atribuidas funciones de dirección y administración. Allí es donde, como antes mencionaba, cobra especial importancia la estructura de cada empresa, la organización de cada empresa y las funciones que se le han atribuido a cada uno de los órganos.

III

LOS ILÍCITOS DE LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Desde otro punto de vista, podemos relacionar con las empresas del Estado los ilícitos administrativos y delitos de carácter penal contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esto nos plantea el problema de la responsabilidad administrativa, civil y penal en que pueden incurrir los funcionarios públicos (directores y administradores en el caso de las empresas del Estado), con motivo de su gestión y nos plantea el problema de la aplicación de las sanciones correspondientes.

En virtud de las disposiciones que la ley establece en materia de responsabilidad administrativa, no hay duda de que los directores y administradores de las empresas del Estado, son pasibles de sanciones administrativas y de que responden administrativamente, aun cuando, como antes decía, la actividad de las empresas del Estado, en sentido estricto, o en aplicación de categorías clásicas propias del Derecho Administrativo tradicional, no constituye actividad administrativa y, en consecuencia, no habría lugar a la responsabilidad administrativa. Sin embargo, como anteriormente señalaba, por razones metajurídicas, el Derecho Administrativo ha ido regulando la actividad de las empresas del Estado y ha ido sujetándolas a normas de derecho administrativo en campos muy amplios que van desde su régimen de programación hasta su ejecución presupuestaria, pasando por aspectos de orden administrativo diverso.

Es por ello que los directores y administradores que sean calificados como tales en función de los criterios que antes anotábamos o de otros que también puedan ser igualmente válidos, pueden incurrir en responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa tiene dos tipos de supuestos en la ley: uno, relativo a los casos específicos de responsabilidad administrativa; otro, el supuesto de inobservancia o violación de norma legal

o reglamentaria que no tiene una sanción específica. En este sentido, es de señalar que los directores y administradores de las empresas del Estado pueden infringir leyes como la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario o la Ley de Coordinación del Situado Constitucional o la Ley de Compensación, Conciliación y Pago de Deudas entre Organismos Gubernamentales, o pueden infringir otro tipo de normas legales o reglamentarias de carácter administrativo.

Un supuesto específico que contempla la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público del cual deriva eventualmente responsabilidad administrativa para el director o administrador de la empresa del Estado es el contemplado en el artículo 35, el cual se refiere a que se efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza sin que los funcionarios estén previa y legalmente autorizados, o sin que se disponga presupuestariamente de los recursos necesarios para contraer esas deudas o compromisos. Este supuesto genera responsabilidad administrativa. Yo creo que debe ser examinado en conexión con el artículo 60 que plantea el tipo delictivo de la malversación y con el artículo 61, especialmente con este último, que plantea el tipo del delito que podríamos llamar de endeudamiento ilegal, porque, en ambos casos, la materia que configura el ilícito administrativo del cual deriva responsabilidad administrativa, o el delito penal del cual deriva sanción penal, es una materia de orden y carácter administrativo.

Observen que en el artículo 35, como antes señalábamos, se establece como una de las causas del supuesto de responsabilidad administrativa que no se disponga presupuestariamente de los recursos para efectuar gastos o contraer deudas o compromisos de cualquier naturaleza. Por su parte, el artículo 61 sanciona con prisión de uno a tres años al funcionario que, excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra alguna de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 4º de la ley, con la excepción de que se obtenga la autorización del gasto por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Pienso que el supuesto es común en ambos o tiene que ver con el problema del régimen presupuestario de las empresas del Estado, porque ambos supuestos tienen en común que lo que desencadena la responsabilidad administrativa o la penal, es que no se tienen asignados los recursos presupuestarios. Decir que no se tienen y decir

excederse en las disponibilidades es lo mismo, porque la disponibilidad presupuestaria tiene un elemento cuantitativo, que es el monto, es decir, que se tenga dinero suficiente para realizar determinado gasto, y tiene también un elemento cualitativo, es decir, que haya partida para ese concepto de gasto. En ambos casos, cuando no hay disponibilidad presupuestaria en el orden cuantitativo o cualitativo existen los elementos básicos para que pueda haber responsabilidad administrativa o penal.

Ahora bien, hay una cierta contradicción en el sentido de que el artículo 35 no contiene la excepción que expresa el artículo 61, que sí prevé que cuando se cumplen las previsiones de la Ley Orgánica de Crédito Público no se configura el supuesto que da origen a la responsabilidad penal.

Por lo que respecta a la referencia de la ley a la autorización previa y legal para realizar gastos, considero que, en el caso de las Empresas del Estado, esa referencia no debe entenderse en la misma forma en que sería aplicable a la administración central, porque son regímenes jurídicos distintos. Creo que el funcionario, el director o administrador que tome esas decisiones, bastará que efectivamente tenga carácter estatutario *lato sensu* para poder autorizar los gastos, y no necesariamente debe tratarse de una autorización específica sino que bastará la autorización general que derive de su condición de director o administrador, independientemente del título que tenga el cargo.

Esta materia administrativa y presupuestaria también está a la base del problema que se plantea con relación al artículo 60, el cual regula el supuesto de la malversación de fondos públicos. Allí se dice que el funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiéndosele aumentar la pena en una tercera parte, si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público.

El problema fundamental consiste en que para que pueda hablarse de que el funcionario ilegalmente le ha dado una aplicación diferente a los fondos o rentas que están bajo su custodia o administración, tiene que haber un incumplimiento de normas presupuestarias, porque la ley dice: "una aplicación diferente a la presupuestada". Cobra nuevamente importancia el determinar el régimen presupuestario de las empresas del Estado, por lo menos en todos aquellos aspectos esenciales que pueden ser relacionados con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patri-

monio Público. La determinación detallada de ese régimen y el poder expresar, si no por normas de carácter legal por lo menos por normas de carácter sublegal, los principios fundamentales que rigen el juego presupuestario de las empresas del Estado es absolutamente necesario para aumentar el índice de seguridad jurídica en la aplicación de la citada ley.

En relación a otros supuestos de responsabilidad administrativa, podemos mencionar:

- a) El contenido en el artículo 36, que se refiere a la apertura de cuentas bancarias a nombre propio o de un tercero, el depósito de fondos en cuentas personales y el sobregiro, excepto en el caso en que se cuenta con la autorización del Ministerio de Hacienda. No creo que hay ninguna observación especial en relación con estos supuestos, porque si los directores o administradores incurren en estas situaciones serán responsables administrativamente.
- b) En el artículo 37 está establecida la responsabilidad administrativa por el uso o disposición indebida de los fondos o bienes públicos, aun en el caso de que se haya actuado por orden de funcionario superior.
- c) El supuesto del artículo 38 se refiere a la aprobación o autorización de pagos ilegales. En el caso de las Empresas del Estado, el problema se plantea en forma un tanto compleja, porque la ilegalidad no necesariamente es una ilegalidad administrativa, como ocurre en el caso de la Administración Central. Aun cuando pueda haber supuestos de ilegalidad administrativa, porque se trate de supuestos regulados por normas de derecho administrativo, la ilegalidad, en el caso de las empresas, podría plantearse en términos mercantiles o en términos civiles. Por ello, hay que examinar el contenido de la obligación que da lugar a los pagos que el organismo tenga que hacer.
- d) El artículo 41 plantea el supuesto de responsabilidad administrativa relacionado con lo que genéricamente se ha llamado el despilfarro. Ya se han planteado en el seminario anterior los problemas que pueden derivar de la aplicación de este supuesto de responsabilidad administrativa, porque dicha aplicación se realiza utilizando lo que se llama en doctrina conceptos jurídicos imprecisos o nociones jurídicas imprecisas, las cuales implican que el organismo que tiene que apreciar esa noción jurídica imprecisa, no tiene la discrecionalidad administrativa en el sentido de que pueda

escoger una entre varias conductas y cualesquiera de ellas sea ajustada a derecho, sino que tiene que decidir conforme o de acuerdo a una base técnica, por ejemplo, en el caso de la calificación de un gasto o contratación como innecesarios o excesivos o de la adquisición de bienes de calidades superiores o inferiores o bien de la contratación de servicios como no estrictamente necesarios. Absolutamente considerado, un gasto puede ser estimado como innecesario, pero en relación a una situación concreta que tiene una empresa ese gasto puede ser necesario. Esto pienso yo que obligará, tanto a niveles de la Administración Central como de la Administración Descentralizada, particularmente de las Empresas del Estado, a tener un soporte técnico adecuado de las decisiones y, particularmente, de aquellas que se encuentran cerca de situaciones límite.

De otra parte, pueden distinguirse lo que la ley llama el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública.

- a) En relación al enriquecimiento ilícito, no he encontrado ninguna particularidad o problema que se plantee en relación con las Empresas del Estado, salvo el relativo a que la Contraloría General de la República puede exigir a personas distintas de las señaladas en el artículo 2º, la presentación de declaración jurada de bienes. Porque si vamos a examinar la intención de la Ley de Salvaguarda, que es proteger el patrimonio público, en el caso de las empresas del Estado, en muchas ocasiones, los problemas no solamente pueden plantearse con los directores o administradores sino que, por la naturaleza de la empresa, por el volumen de recursos que manejan, por los tipos de procedimiento administrativo, por el tipo de negocios que tienen que celebrar, evidentemente que se podrían presentar situaciones que atenten contra el patrimonio público. De manera que, en el caso de las Empresas del Estado, podría plantearse si puede incurrir en enriquecimiento ilícito no sólo un director o administrador, sino cualquier funcionario o trabajador.
- b) Con respecto a los delitos contra la cosa pública ya mencionábamos lo relativo a la base o materia presupuestaria que tiene el delito de malversación y de endeudamiento ilegal previstos en los artículos 60 y 61.

En el caso del peculado o el caso del lucro con el uso de informaciones, previsto en el artículo 63, o en el de la corrupción, previsto en el artículo 67, ocurre que allí las conductas que dan lugar a la calificación legal pueden ser realizadas o pueden incurrir en ellas personas

que no son directores ni administradores en sentido estricto. Entonces habrá que analizar muy bien hasta dónde se lleva el alcance de la función de administración, porque hay también delitos, como este del lucro de funcionarios con el uso de informaciones, que pienso no serían sancionables penalmente sino por vía de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Sin embargo, en relación a los delitos que pudieran ser conceptuados más comunes, que son el tráfico de influencias y el valimiento, en realidad no se plantean problemas porque cualquier persona de acuerdo a la ley puede incurrir en este tipo de delito. Entonces, en el supuesto de manejos dolosos ilícitos a través de lo que la ley conceptúa como tráfico de influencias o como el supuesto del valimiento, cualquier persona o miembro del personal de una Empresa del Estado que incurra en este supuesto puede ser sancionado penalmente.

Estimo que se pueden mencionar, además, dos situaciones concretas. Una es la contemplada en el artículo 71, donde no se habla de Empresas del Estado pero se habla de organismos públicos con lo cual para que se configure el tipo delictivo, la acción tiene de alguna manera que estar relacionada con un organismo público. Creo que la interpretación que hay que darle a los términos "organismo público" en este caso del artículo 71, debe ser una interpretación amplia, es decir, allí están incluidas las Empresas del Estado, porque, a los fines de la Ley de Salvaguarda, su patrimonio es considerado patrimonio público y, en consecuencia, donde la ley habla de organismo público, como en el supuesto del artículo 71, debe afirmarse que allí queda comprendida la Empresa del Estado.

Finalmente, pienso que, con respecto a la aplicación del artículo 104, que establece sanción de inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas, también debe extenderse al desempeño de cargos o funciones en las Empresas del Estado que son titulares de patrimonio público de conformidad con la Ley Orgánica de Salvaguarda. Si limitásemos la expresión "funciones" o "cargos públicos" a la Administración Central y a los Institutos Autónomos, entonces una persona que hubiese delinquido contra la cosa pública dentro de una sociedad considerada titular de patrimonio público, podría volver nuevamente a tener cargos o funciones en una empresa del Estado, lo cual no tiene sentido.

EL REGIMEN JURIDICO DE LAS FUNDACIONES Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

ALLAN R. BREWER-CARIÁS

SUMARIO

I. INTRODUCCION.

II. *LAS DIVERSAS CATEGORIAS DE FUNDACIONES.* 1. Las fundaciones privadas (dirigidas por particulares). 2. Las fundaciones del Estado (constituidas y dirigidas por entes estatales).

III. *EL CONTROL DEL ESTADO SOBRE LAS FUNDACIONES.* 1. El control sobre las fundaciones privadas. A. El régimen general del Código Civil. B. El control sobre las fundaciones privadas subvencionadas por el Estado. a. Los subsidios como técnica de fomento. b. El control presupuestario de los subsidios. c. El control de los subsidios por la Contraloría General de la República. C. El control sobre las fundaciones privadas en cuya constitución inicial hayan participado, como fundadores, entes estatales. D. El control sobre las fundaciones privadas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para los entes estatales. 2. El control sobre las fundaciones del Estado. 3. Las fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

IV. *EL PATRIMONIO PUBLICO Y LAS FUNDACIONES EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.* 1. El patrimonio público y las personas jurídicas de derecho público estatales. A. Las personas de derecho público territoriales y el patrimonio público. B. Las personas de derecho público no territoriales y el patrimonio público. 2. El patrimonio público y las personas de derecho privado estatales con forma societaria. A. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de primer grado y el patrimonio público. B. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de segundo grado y el patrimonio público. 3. El patrimonio público y las fundaciones. A. Las fundaciones del Estado y el patrimonio público. B. Las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales y el patrimonio público. 4. Conclusión: el patrimonio público y las fundaciones.

V. *EL AMBITO SUBJETIVO DE LA LEY ORGANICA Y LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DE ALGUNAS FUNDACIONES.* 1. Los funcionarios o empleados

* Los tres primeros puntos de este estudio, con el título: "Las Fundaciones y su control por el Estado", se han publicado en *Revista de Derecho Público*, N° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, enero-marzo, 1981, pp. 5 a 18.

públicos y las personas jurídicas de derecho público estatales. A. Funcionarios de la República. a. Funcionarios al servicio del Poder Legislativo. b. Funcionarios al servicio del Poder Judicial. c. Funcionarios de la Administración Central Nacional. d. Funcionarios de las administraciones con autonomía funcional. B. Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional Estatal. C. Funcionarios de los Estados. D. Funcionarios de las Municipalidades. 2. Los funcionarios o empleados públicos y las personas jurídicas de derecho privado estatales y no estatales. A. La noción de directores y administradores. B. La distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales de carácter societario. C. Las personas jurídicas de derecho privado donde presten servicios los directores y administradores considerados como funcionarios o empleados públicos. a. Los aportes en las sociedades civiles y mercantiles del Estado. b. Los aportes en las fundaciones. c. Los aportes y las participaciones. D. Las personas jurídicas de derecho privado no estatales donde presten servicios los directores considerados como funcionarios o empleados públicos. 3. Conclusión: los funcionarios o empleados públicos y las fundaciones.

VI. CONCLUSIONES GENERALES.

I. INTRODUCCION

Las fundaciones constituyen una universalidad de bienes dotada de personalidad jurídica, es decir, un patrimonio destinado a un fin de utilidad general, y por tal razón, protegido por el ordenamiento jurídico mediante la concesión de la personalidad jurídica.

Estas personas jurídicas están reguladas, como sujetos capaces de obligaciones y derechos, en el artículo 19, ordinal 3º del Código Civil ("fundaciones lícitas de carácter privado"), con la precisión de que adquieren la personalidad, con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos.

Se trata, por tanto, de personas jurídicas de derecho privado, o en la terminología del Código Civil "de carácter privado", en contraste con las personas jurídicas de derecho público a las cuales el Código Civil califica como de "carácter público". Sin embargo, a pesar de que las fundaciones son siempre personas jurídicas de derecho privado, éstas sólo pueden crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social (Art. 20 C.C.). De allí el principio de que todas las fundaciones están sometidas a la supervigilancia del Estado, por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales deben rendir cuenta los administradores (Art. 21, C.C.).

Ahora bien, el elemento clave en la creación de una fundación, es el elemento patrimonial: se ha dicho que la fundación es un patrimonio

afectado a un fin de utilidad pública dotado de personalidad, por lo cual no se concibe una fundación, sin un patrimonio inicial, configurado por los aportes que los fundadores hacen al ente fundacional, y sin una organización propia, que precise la administración de ese patrimonio.

Este aporte inicial se realiza, generalmente, a través de la figura de la donación, como una de las maneras de adquirir la propiedad sobre determinados bienes o derechos. Mediante ésta, el o los fundadores transfieren gratuitamente a la fundación que constituyen, una cosa u otro derecho de su patrimonio (Art. 1.431, C.C.).

Ahora bien, las fundaciones se constituyen o establecen mediante un negocio de derecho privado de carácter unilateral que es el acto de constitución o fundación, el cual puede ser adoptado, tanto por personas naturales o por personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, estatales y no estatales. Por tanto, no sólo los particulares o las sociedades civiles o mercantiles pueden erigirse en fundadores de estas entidades, sino también las personas jurídicas de derecho público; las entidades político-territoriales (la República, los Estados y los Municipios), y los establecimientos públicos (institutos autónomos, Universidades Nacionales, etc.).

Constituida una fundación, desde el momento en que ésta adquiere personalidad jurídica, queda desligada de los fundadores, pues se trata de una persona jurídica nueva y distinta respecto de quien o quienes la constituyeron, con una organización propia, regida por sus estatutos y dirigida conforme ellos lo determinen.

Por tanto, a partir del momento en el cual se protocoliza el acto fundacional, la fundación comenzará a actuar a través de los órganos que se establezcan en los Estatutos respectivos. Por ello el Código Civil exige que en el acta constitutiva se indique expresamente "la forma en que será administrada y dirigida" (Art. 19). Por supuesto, el fundador o los fundadores podrían incorporarse al esquema organizativo de la fundación, y aun administrarla y dirigirla, lo cual podrían hacer no por ser "fundadores", sino porque así se establezca en el acto fundacional.

Ahora bien, para el derecho administrativo, las fundaciones tienen una especial importancia, pues se trata de personas jurídicas, que aun cuando sean de derecho privado, y pueden ser fundadas originalmente, por particulares, realizan siempre funciones de utilidad general. Además, se trata de una forma jurídica frecuentemente utilizada por el Es-

tado para la realización de sus propios fines de utilidad general. Es decir, el Estado y los diversos entes públicos que lo componen, con frecuencia actúan como fundadores constituyendo y dirigiendo fundaciones, que son, como se dijo, personas jurídicas, de derecho privado.

Por otra parte, el Estado también efectúa, con frecuencia, donaciones de importancia a fundaciones constituidas y dirigidas por particulares, para el desarrollo, de fines de utilidad general. Este aspecto también interesa al derecho administrativo, pues se trata de subvenciones administrativas, es decir, de la realización de una típica actividad administrativa de fomento a las actividades privadas (subsidios).

En uno u otro caso, estamos en presencia de personas jurídicas de derecho privado que siempre realizan una actividad de utilidad pública y que, además, el Estado, o utiliza como instrumento directo de su acción o subvenciona para fomentar actividades particulares. Por eso, diversos mecanismos se han establecido para que el propio Estado, como gestor del interés general, controle a las fundaciones. Este control, sin embargo, varía según la clase de fundación de que se trate.

II. LAS DIVERSAS CATEGORIAS DE FUNDACIONES

De lo señalado anteriormente resulta claro que las fundaciones, dentro de la clasificación general de las personas jurídicas, son siempre, personas jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, según que ellas sean particulares o privadas, o estén integradas en la estructura general del Estado, pueden establecerse dos grandes categorías de fundaciones: las fundaciones privadas y las fundaciones del Estado (es decir, fundaciones no estatales y fundaciones estatales). La base para el establecimiento de esta clasificación está no sólo en los sujetos que actúen como fundadores y, por tanto, en quienes realicen el aporte inicial para configurar, el patrimonio de la fundación, sino en la organización estatutaria que se adopte y que vincule o no el ente fundacional con los entes públicos fundadores. Por tanto, las fundaciones del Estado son las constituidas y dirigidas por las personas jurídicas estatales; en cambio, las fundaciones privadas, son las dirigidas por particulares.

En consecuencia, si los fundadores, es decir, quienes aportan el patrimonio inicial son personas naturales o jurídicas privadas (no estatales), y los estatutos establecen que éstas la dirigen, la fundación será una fundación privada, así reciba, luego, subsidios del Estado.

Asimismo, también será una fundación privada, aquella en la cual participen, como fundadores, tanto personas privadas como personas jurídicas estatales, así éstas aporten inicialmente más del 50 por ciento del patrimonio constitutivo de la fundación, siempre que los entes estatales no conserven la dirección de la fundación.

En cambio, si los fundadores, es decir, quienes aportan el patrimonio inicial son personas de derecho público o personas de derecho privado estatales, la fundación será una fundación del Estado, lo cual sucede, también, si hay además, personas particulares como fundadores, siempre que los entes estatales conserven la dirección de la fundación y hayan aportado inicialmente bienes por cantidad igual o mayor al 50 por ciento del patrimonio fundacional.

En ambos casos, se insiste, se trata de personas jurídicas de derecho privado, sean fundaciones privadas o fundaciones del Estado, siendo una figura jurídica totalmente distinta de la figura afín en el derecho público: los institutos autónomos, los cuales se denominan, en otros sistemas jurídicos, "fundaciones de derecho público".

Por tanto, el universo de las fundaciones varía y con esa variación, también hay diversas modalidades de control del Estado. En todo caso, para estudiarlas, antes debemos insistir en las diversas categorías de fundaciones.

1. *Las fundaciones privadas (dirigidas por particulares)*

Las fundaciones privadas son, en principio, aquellas constituidas por particulares, es decir, aquellas cuyos fundadores han sido personas naturales o personas jurídicas de derecho privado particulares, y cuya dirección y administración se rigen, como en toda fundación, por lo que dispongan sus estatutos, conservando los particulares, por supuesto, la dirección de la fundación. También se consideran fundaciones privadas, aquellas en cuya constitución, como fundadores, participen personas jurídicas estatales, incluso con aportes iniciales al patrimonio en bienes o cantidades igual o superior al 50 por ciento del patrimonio fundacional inicial, siempre que las personas jurídicas estatales que participen como fundadoras, *no* conserven la dirección de la fundación y ésta se dirija, en forma autónoma, conforme a lo indicado en los Estatutos, por particulares.

Como en toda fundación, el patrimonio de ésta es esencial a su creación, por lo que en el acto fundacional deben precisarse los aportes

en bienes o derechos que hacen los fundadores, para configurar ese patrimonio. Por supuesto, la participación de personas jurídicas estatales, como fundadores, en una fundación privada, la cual no es dirigida por los entes estatales, podría dar lugar a ciertos controles específicos del Estado, y a la aplicación de ciertas normas de derecho público, aun cuando ello no cambie la naturaleza privada del ente.

Ahora bien, como toda persona jurídica, el patrimonio inicial de la fundación puede ser incrementado y, quizás deba insistirse en esto, en las fundaciones, precisamente por su finalidad, ese patrimonio inicial *debe ser* incrementado, para el cumplimiento de los fines de utilidad pública. En esta forma, el patrimonio constituido con aportes iniciales de los fundadores, posteriormente puede incrementarse con donaciones de particulares o subsidios otorgados por entes públicos. En ambos casos, si se trata de fundaciones privadas, los subsidios recibidos del Estado, así sean de gran magnitud, no cambian la naturaleza privada de la fundación, aun cuando pueda ello dar origen a controles específicos, para vigilar la aplicación de los subsidios a los fines particulares del ente.

Por tanto, en relación a las fundaciones privadas, se pueden distinguir dos criterios de distinción: en primer lugar, como se dijo, según que en la constitución inicial hayan participado como fundadores, sólo personas privadas o conjuntamente con éstas, personas jurídicas estatales; y en segundo lugar, según que reciban o no subsidios de entes estatales.

Pero además, debe señalarse que los entes públicos pueden otorgar garantías para respaldar obligaciones de las fundaciones privadas. Por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica de Crédito Público (Art. 32) y con la autorización previa del Congreso, la República, por órgano del Ejecutivo Nacional, puede garantizar obligaciones de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y entre ellas, de las fundaciones privadas. En estos casos, sin duda, podría decirse que de la gestión de esas fundaciones privadas podrían derivarse compromisos financieros para los entes estatales garantes, por lo que también puede establecerse una tercera categoría entre las fundaciones privadas: aquellas de cuya gestión se pueden derivar compromisos financieros para entes estatales que garanticen sus operaciones, y aquellas de cuya gestión no se derivan compromisos financieros para esos entes.

2. *Las Fundaciones del Estado (constituidas y dirigidas por entes estatales)*

Las Fundaciones del Estado, como principio, son aquellas constituidas y dirigidas por entes estatales, es decir, son aquellas en cuya constitución, la República, los Estados, los Municipios, y demás personas jurídicas de derecho público (como los institutos autónomos) y las personas jurídicas de derecho privado estatales (por ejemplo, las empresas del Estado), aparecen como fundadores, conservando la dirección de la fundación. En estos casos, el patrimonio inicial de la fundación está compuesto por aportes de entes estatales, lo cual no impide, por supuesto, que con posterioridad reciba donaciones de particulares.

Pero las fundaciones del Estado también pueden tener, entre sus fundadores, a particulares, en cuyo caso, su carácter de "fundación del Estado" deriva no sólo del porcentaje del patrimonio inicial que se constituya en el acto fundacional, sino del hecho fundamental, acumulativo, de que los entes estatales conserven la dirección de la entidad. Por tanto, si el aporte de bienes y derechos, a los efectos de la constitución del patrimonio de la fundación, en el acto fundacional, es realizado por los entes estatales que actúen como fundadores (República, Institutos Autónomos, empresas del Estado), en una proporción superior al 50 por ciento del patrimonio de la fundación, aun cuando participen también, particulares o empresas privadas como fundadores, la fundación puede considerarse como fundación del Estado, siempre que esos entes estatales conservan la dirección de la fundación, hecho que motiva que se la considere como formando parte de la estructura general del Estado, como parte de la administración descentralizada.

En tal sentido, por ejemplo, el Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada elaborado por el Instituto de Derecho Público en noviembre de 1982, destina, entre otras, las siguientes dos normas a regular las fundaciones del Estado:

Art. 28. Las fundaciones del Estado son universalidades de bienes creadas y dirigidas por la República, un instituto autónomo, una empresa del Estado o una asociación civil del Estado, y en cuyo patrimonio dichas entidades, solas o conjuntamente, han incorporado bienes por un valor no menor al 50 por ciento del patrimonio de la fundación.

Art. 29. Los fundadores, en la correspondiente acta constitutiva de la fundación, señalarán el valor de los bienes que han de integrar su patrimonio, indicando todo lo concerniente a su dirección y administración.

Se destaca, de estas normas, la importancia de la indicación, en el acto fundacional, del valor de los aportes para configurar el patrimonio, a los efectos de su consideración como fundación del Estado, es decir, como una entidad estatal. Pero hemos dicho, además, que las fundaciones del Estado deben ser dirigidas por los entes públicos fundacionales, al atribuirse la dirección a funcionarios públicos, o al reservarse los entes fundacionales, en el acto fundacional, la designación de los administradores del ente.

Estas fundaciones del Estado, por tanto, no sólo son *constituidas* por entes estatales, sino que también son *dirigidas* por esos entes, al conservar mecanismos directos de dirección sobre las mismas. Así en casi todos aquellos casos de fundaciones del Estado, cuya constitución se ordena por decreto del Presidente de la República, en el decreto de creación, se establece la previsión de que la misma será dirigida por funcionarios públicos. Por ejemplo, para solo citar casos recientes, en la Fundación Fondo de Fomento de la Innovación Tecnológica, ordenada constituir por Decreto N° 1.037, de 30-4-81 (*Gaceta Oficial*, N° 32.219, de 4-5-81), su Consejo Superior lo preside el Ministro de Fomento, y su Junta Directiva la preside el Director General del Ministerio de Fomento (Arts. 8° y 9°); en la fundación Casa de Mariño, ordenada constituir por Decreto N° 1.358, de 23-12-81 (*Gaceta Oficial*, N° 32.382, de 28-12-81), su Junta Directiva se integra necesariamente por 7 miembros de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (Art. 6°); y mucho más recientemente, el Decreto N° 1.938, de 26-3-83 (*Gaceta Oficial*, N° 32.701, de 8-4-83), que ordena constituir la fundación "Instituto Venezolano de Planificación" (INEPLAN), prescribe que el Jefe de Cordiplan forma parte del Consejo Directivo de la fundación y que el Director General de la Fundación será designado por el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación.

En todos estos casos, puede decirse que se trata de fundaciones del Estado, por estar *constituidas* por la República, generalmente mediante una orden contenida en un decreto del Presidente de la República, y también, porque por la configuración de sus órganos estatutarios, están *dirigidas* por la República, a través de sus funcionarios.

III. EL CONTROL DEL ESTADO SOBRE LAS FUNDACIONES

Ahora bien, sea que se trate de fundaciones privadas o de fundaciones del Estado, por la naturaleza de estas entidades y las finalidades de utilidad general perseguidas por ellas, están sometidas a controles

del Estado, pues en definitiva, éste es siempre, el gestor del interés general.

Sin embargo, la intensidad y modalidades de este control del Estado sobre las fundaciones, varía según el grado de intervención que los entes públicos tengan en las mismas.

No debe olvidarse que, de hecho, existen varias clases de entes fundacionales: por ejemplo, hay *fundaciones privadas*, constituidas, dirigidas y subvencionadas por particulares o empresas privadas; hay *fundaciones privadas*, constituidas y dirigidas por particulares o empresas privadas, pero en cuya constitución participan entes estatales; hay *fundaciones privadas*, que reciben subsidios de entes públicos; y hay *fundaciones del Estado* constituidas y dirigidas por los entes estatales, con posibilidad de que participen, como fundadores, personas privadas y que son subvencionadas, sea por el Estado y por particulares, sometidas a la dirección de los entes estatales que las crean.

Veamos, por tanto, las diversas modalidades de control:

1. *El control sobre las fundaciones privadas*

A. *El régimen general del Código Civil*

El control sobre las fundaciones privadas está establecido en el Código Civil, en cuyo artículo 21 se establece:

Las fundaciones quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores.

Hemos dicho que conforme al Código Civil, las fundaciones sólo pueden crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social (Art. 20), y que ese fin se persigue, dotando de personalidad jurídica a un patrimonio. Esta persona jurídica, por tanto, no tiene un sustrato personal, pues el fundador no es "parte" o "socio" de la fundación, ni obtiene como tal fundador, un beneficio lucrativo de la misma. Al contrario, sólo tiene un sustrato real, patrimonial, que es el afectado al fin de utilidad general. Al Estado, como gestor del interés general, le interesa que esos patrimonios destinados a esos fines coincidentes de utilidad general, cumplan su cometido. Por ello, la "supervigilancia" de las fundaciones que se le atribuye.

Por supuesto, esta actividad del Estado es una típica tarea de orden administrativo, aun cuando se haya asignado la supervigilancia a los

Jueces de Primera Instancia en lo Civil. Se trata, aquí, de una típica función administrativa realizada por órganos judiciales, que debe materializarse, inclusive, en actos administrativos, y no en sentencias.

Para el ejercicio de estas funciones de control del Estado sobre las fundaciones privadas, el Código Civil establece tres poderes fundamentales de estos Jueces de Primera Instancia en lo Civil:

1. Recibir la cuenta que los administradores deben rendir (Art. 21, C. C.), conforme a los Estatutos de la fundación y de acuerdo al ejercicio de la actividad económica de la misma, que se establezca.

2. Organizar la administración de la fundación o suplir las deficiencias que ocurran en dicha administración, con el propósito de mantener, en lo posible, su objeto, en caso de que por ausencia, incapacidad o muerte del fundador, o si por cualquiera otra circunstancia no pudiere ser administrada la fundación de acuerdo con sus estatutos (Art. 22, C. C.), y

3. Disponer la disolución de la fundación, oída la administración de la misma, y pasar sus bienes a otra fundación o institución, siempre que se haya hecho imposible o ilícito su objeto (Art. 23, C.C.).

B. *El control sobre las fundaciones privadas subvencionadas por el Estado*

Pero las fundaciones privadas, sometidas al control antes mencionado, del Estado, a través de los Jueces de Primera Instancia en lo Civil, pueden recibir subvenciones del Estado y, por esa vía, estar sometidas a controles adicionales.

a. *Los subsidios como técnica de fomento*

En efecto, dentro de las formas de la actividad administrativa, se encuentra la actividad administrativa *de fomento*, es decir, la acción del Estado de carácter no coactivo, y que sin sustituirse a la actividad privada, antes por el contrario, estimulándola o promoviéndola, logra canalizarla hacia los fines de utilidad general que le interesan.

Dentro de las medidas de fomento y que, quizás, son las más utilizadas en nuestro país, deben destacarse las medidas económicas y entre ellas, las subvenciones, a las cuales se hace referencia en el ordenamiento presupuestario, como subsidio.

En efecto, en materia de regulación presupuestaria, se identifica a la subvención pública con diversas formas de aportaciones, en dinero,

de carácter no reintegrable que la República hace a personas naturales y jurídicas para la realización de sus fines. Estas subvenciones, conforme al Clasificador de Partidas del Presupuesto (véase, por ejemplo, Resolución N° 25, de 28-12-79, de la Oficina Central de Presupuesto, en *Gaceta Oficial*, N° 2.532 Extr., de 31-12-79), son de dos tipos: becas (partida 80, subpartida 820), y Subsidios Sociales y Económicos (partida 80, subpartidas 830 y 840). Las becas son "subvenciones acordadas" a personas naturales para seguir estudios (subpartidas 820); los subsidios sociales son "subvenciones destinadas al auxilio y estímulo de actividades de índole social realizadas por instituciones públicas o de carácter privado" (subpartida 830); y los "subsidios económicos" a empresas privadas son las "cantidades destinadas a auxiliar empresas y productores privados" (subpartida 842).

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico y, particularmente, en el de carácter presupuestario, la subvención es una técnica de fomento para auxiliar, ayudar, promover, favorecer o estimular actividades privadas, y que consiste en el otorgamiento de una ventaja económica a una persona jurídica que se traduce en la entrega de cantidades de dinero, de carácter no reembolsable, para su destino a una finalidad de interés general.

Ahora bien, el hecho de que una persona jurídica de derecho privado, como una fundación, reciba subsidios de la República previstos en la Ley de Presupuesto (partida 80, transferencias), ello no cambia, en absoluto y en forma alguna, la naturaleza jurídico-privada de la fundación, aun cuando en general, ha conllevado el establecimiento de ciertos mecanismos de control del cumplimiento de la finalidad a la cual se destina la subvención. Estos controles son generalmente de dos tipos: control presupuestario y control por la Contraloría General de la República.

b. *El control presupuestario de los subsidios*

En efecto, por ejemplo, la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de 1981 (*Gaceta Oficial* Extr. N° 2.713, de 30-12-80), en su artículo 5° estableció lo siguiente:

Art. 5° Las instituciones de carácter privado que reciban subsidios en la presente ley, quedan obligadas a informar semestralmente a la Contraloría General de la República y al Ministerio correspondiente, acerca del uso de las asignaciones requeridas. El incumplimiento de esta disposición acarreará la eliminación del subsidio.

En la Ley de Presupuesto para 1982 (*Gaceta Oficial*, N° 2.893 Extr., de 23-12-81), se formuló este mecanismo de control en forma distinta, ya que se eliminó la obligación de informar impuesta directamente a los organismos privados subsidiados, y se la impuso a los organismos ordenadores de pago. El artículo 5°, en efecto, señaló lo siguiente:

Art. 5° Los organismos ordenadores de pago están obligados a enviar dentro de los 45 días del cumplimiento de cada semestre *un informe* a la Oficina Central de Presupuesto sobre el uso de las asignaciones otorgadas en calidad de subsidios a instituciones de carácter privado. Igualmente, la Oficina Central de Presupuesto remitirá dichos informes, dentro de los 60 días siguientes al cumplimiento de cada semestre, a la Comisión Permanente de Finanzas de la Cámara de Diputados, *e informará los entes o entidades que no hayan dado cumplimiento a lo establecido en este artículo*. El incumplimiento por parte de las instituciones de carácter privado, a las cuales hace referencia este artículo, acarreará la eliminación de dicho subsidio.

En la Ley de Presupuesto para 1983 (*Gaceta Oficial*, N° 3.120 Extr., de 30-3-82), se siguió el mismo principio reglador de la ley para 1982, estableciendo el artículo 7° lo siguiente:

Art. 7° Los organismos ordenadores de compromisos y pagos están obligados a remitir, dentro de los 45 días al vencimiento de cada semestre, un *informe* a la Oficina Central de Presupuesto, a la Contraloría General de la República y a las Comisiones Permanentes de Finanzas y de Contraloría de la Cámara de Diputados, en relación al *uso* de las asignaciones otorgadas en calidad de subsidios por las instituciones de carácter privado. El incumplimiento por parte de las instituciones de carácter privado, del envío de la información a que hace referencia este artículo, acarreará la eliminación de dicho subsidio.

Por otra parte, como dato en la evolución legislativa, debe señalarse que la Ley de Presupuesto Anual para 1981, estableció en su artículo 22, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley, de la manera siguiente:

Art. 22. El incumplimiento de los deberes establecidos en esta ley dará lugar a que la Contraloría General de la República inicie la correspondiente averiguación a los fines de la determinación de la responsabilidad administrativa de los infractores.

Esta norma fue eliminada en las leyes de Presupuesto para 1982 y 1983.

En todo caso, de estas normas, que citamos a título de ejemplo, se deduce lo siguiente: en primer lugar, la obligación legal impuesta a los directivos de las fundaciones privadas que reciban subsidios de la República, de informar, en 1981, *semestralmente*, a la Contraloría General y al Ministerio en cuyo presupuesto se haya previsto el subsidio, acerca del uso de las asignaciones requeridas; en 1983, la obligación es sólo de informar al organismo ordenador del pago. En segundo lugar, las consecuencias del incumplimiento de esa obligación: primero, la eliminación del subsidio, y segundo, durante el año 1981, la posibilidad de que se determinase la responsabilidad administrativa de los infractores por la Contraloría.

c. *El control de los subsidios por la Contraloría General de la República*

En cuanto a las funciones de control de la Contraloría General de la República en relación a las fundaciones privadas que reciban subsidios de los entes públicos, en todo caso, esas se limitan a la vigilancia de los mencionados subsidios, a los efectos de que sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron efectuados. En tal sentido, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece, en su artículo 78, lo siguiente:

Art. 78. La Contraloría está facultada para vigilar que los aportes, *subsidios* y otras transferencias hechas por la República y los institutos autónomos a otras entidades públicas o *privadas*, sean invertidos en las *finalidades para las cuales fueron efectuados*. A tal efecto, podrá *practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estime convenientes*.

Por tanto, puede decirse que las fundaciones privadas a las cuales la República a los Institutos Autónomos Nacionales otorguen *subsidios*, están sujetas al control de la Contraloría en cuanto a la vigilancia de que los mencionados subsidios sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron asignados.

En consecuencia, los "particulares" que administren esas fundaciones, pueden ser objeto de investigaciones por la Contraloría cuando surjan indicios de que han incurrido en errores, omisiones o negligencia en la administración de los subsidios, a los efectos de su aplicación a las finalidades para las cuales se efectuaron (Art. 81, LOCGR), y dichas investigaciones pueden conducir a que se dicte un auto de responsabilidad administrativa (Art. 82, LOCGR), en relación a dichos particulares.

C. *El control sobre las fundaciones privadas en cuya constitución inicial hayan participado, como fundadores, entes estatales*

Hemos señalado que pueden haber fundaciones privadas, dirigidas por particulares conforme a las previsiones estatutarias, pero en cuya constitución hayan participado, como fundadores, personas jurídicas estatales.

Por el hecho de esta participación en el acto fundacional de personas estatales que aportan bienes o derechos para formar el patrimonio inicial de la fundación, sin duda surgen mecanismos de control del Estado.

En primer lugar, los mecanismos de control presupuestario antes mencionados previstos en la Ley Anual de Presupuesto, en relación al uso que se dé a las cantidades que en concepto de donación o subsidio, se asignen a las fundaciones en el momento de su constitución.

Pero si el aporte inicial para constituir la fundación ha sido realizado, además por personas privadas, por personas jurídicas estatales que participen, también como fundadoras en el acto fundacional, en una proporción igual o superior al 50 por ciento del patrimonio inicial de la fundación, surge otro mecanismo de control establecido, como se verá, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues en esos casos, a los directores y administradores de esa fundación privada, a los efectos de dicha Ley Orgánica (Art. 2º, ord. 2º), se los considera como funcionarios o empleados públicos, aplicándoseles las obligaciones, deberes y controles que dicha ley establece para ellos.

D. *El control sobre las fundaciones privadas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para los entes estatales*

Pero además de las fundaciones mencionadas, en el ordenamiento jurídico pueden distinguirse las fundaciones privadas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para los entes estatales.

En efecto, por ejemplo, la República de acuerdo a la Ley Orgánica de Crédito Público, puede otorgar garantías para respaldar obligaciones de fundaciones privadas, previa autorización del Congreso y el cumplimiento de los requisitos previstos en dicha ley (Art. 32). En estos supuestos, de la gestión de esas fundaciones privadas, podrían derivarse compromisos financieros para la República, por lo cual, por ejemplo,

tanto la Ley Orgánica de Crédito Público (Art. 2º, ord. 4º), como la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (Art. 1º, ord. 6º), las asimilan a las fundaciones del Estado, en cuanto al control presupuestario y de crédito público, considerándolas como entidades gubernamentales o que forman parte del sector público. La figura, sin embargo, no es frecuente.

2. *El control sobre las fundaciones del Estado*

En cuanto a las fundaciones del Estado, éstas están sometidas, en general, directamente, a diversos controles públicos, derivados de las normas legales que las rigen, así como de los propios estatutos. Debe recordarse que estas fundaciones del Estado se caracterizan por estar *dirigidas* por los entes estatales, por lo que forman parte de la organización general del Estado, además de ser *constituidas* por esas mismas personas estatales con aportes iniciales iguales o mayores al 50 por ciento del patrimonio fundacional inicial.

Ahora bien, en cuanto a estas fundaciones del Estado, constituidas y dirigidas por entes estatales, puede decirse que están sometidas a un régimen intenso de control del Estado, el cual, por supuesto, varía en cada caso, según los estatutos de la fundación.

Por una parte, el Estado a través de los entes públicos fundadores, tiene sobre estas fundaciones del Estado, en general, un control sobre las personas que las dirigen en el sentido de que sus directivos, por supuesto, con diversas modalidades estatutarias, o son funcionarios públicos o son del libre nombramiento y remoción de los entes públicos fundadores.

Por otra parte, en cuanto a la actividad de las fundaciones constituidas y dirigidas por entes estatales, debe señalarse que están sometidas a un régimen presupuestario y de crédito público, *similar al que rige para los institutos autónomos*, conforme se establece en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Crédito Público. Por tanto, por ejemplo, los presupuestos de las fundaciones del Estado, dirigidas por entes estatales, deben aprobarse por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, y publicarse en la *Gaceta Oficial* de la República (Art. 55, LORP); y las operaciones de crédito público, que realicen, requieren el previo consentimiento del Presidente de la República en Consejo de Ministros (Art. 45, LOCP).

Debe insistirse en el hecho de que las fundaciones del Estado, además de la participación mayoritaria en su constitución de personas jurí-

dicas estatales, deben estar *dirigidas* por los mencionados entes estatales. Si las fundaciones no son dirigidas por los entes estatales fundadores, no son fundaciones de Estado y son, como hemos dicho, fundaciones privadas, a pesar de que en éstas hayan aportes de entes estatales, en la configuración de su patrimonio fundacional, iguales o mayores al 50 por ciento del patrimonio inicial. En estos casos, al no estar dirigidas por los entes estatales, no se consideran fundaciones del Estado y no están sometidas a las disposiciones de la Ley Orgánica de Crédito Público ni de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. En efecto, estos dos cuerpos normativos, al determinar su ámbito subjetivo de aplicación, se refieren a *las fundaciones constituidas y dirigidas* por entes estatales (Art. 1º, ord. 6º, LORP; y Art. 2º, ord. 4º, LOCP), y no a las fundaciones que si bien son constituidas por esos entes, no son dirigidas por los mismos.

Sin embargo, como se ha visto, si de la gestión de estas fundaciones privadas "constituidas" con la participación de entes estatales, aun cuando no dirigidas directamente por ellos, "pudieran derivarse compromisos financieros" para personas jurídicas estatales, entonces sí se les aplica el régimen de control presupuestario y de crédito público, previsto para las fundaciones del Estado, dirigidas por los entes estatales.

En efecto, como se ha dicho, la Ley Orgánica de Crédito Público (Art. 2º, ord. 4º), y la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (Art. 1º, ord. 6º), desde 1976 introdujeron en la legislación venezolana, al definir los organismos gubernamentales u organismos del sector público, la distinción entre dos tipos de fundaciones generalmente del Estado: primero, las fundaciones *constituidas y dirigidas* por entes estatales, y segundo, las fundaciones *de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros* para los entes estatales. En ambos casos, tanto la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario como la Ley Orgánica de Crédito Público las someten al mismo régimen que dichas leyes prevén.

Cabría preguntarse, en todo caso, sobre cuáles son las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales y que, sin embargo, no son fundaciones del Estado "constituidas y dirigidas" por esos entes. En esta categoría, sin duda, estarían las fundaciones privadas, constituidas con participación de entes estatales, y que aun cuando no estén dirigidas por éstos, de su gestión pueden derivarse compromisos financieros para los entes estatales.

Esto sucedería, por ejemplo, si los entes estatales que las pueden constituir, son garantes de las actividades que realicen. Por tanto, si

conforme al artículo 32 de la Ley Orgánica de Crédito Público, la República, a través del Ejecutivo Nacional, otorga garantías para respaldar obligaciones de fundaciones privadas, constituidas con participación de entes públicos, aun cuando no dirigidas por éstos, previa autorización del Congreso, estas fundaciones privadas en virtud de que de su gestión podrían derivarse compromisos financieros para la República, quedan asimiladas a los efectos del control del crédito público y presupuestario, a las fundaciones del Estado constituidas y dirigidas por entes estatales.

3. *Las fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982, al regular los sujetos a los cuales básicamente se aplica, así como al determinar qué ha de entenderse por patrimonio público, hace referencia a las *fundaciones*.

En efecto, en el artículo 4º de la ley, en el cual se define el *patrimonio público*, se considera que forma parte de éste, "aquel que corresponde por cualquier título" a "las *fundaciones constituidas y dirigidas* por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse *compromisos financieros para esas personas*" (ord. 6º).

Además, en el artículo 2º, en el cual se enumeran las personas a las cuales, a los efectos de la ley, se "consideran funcionarios o empleados públicos", se incluyen a "los directores y administradores de las... *fundaciones... cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes* de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta ley, *igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio*".

Estas normas, sin duda, apuntan a objetivos diversos: en una se define qué se entiende por *patrimonio público* (Art. 4º), y en otra, se enumeran *los sujetos* básicos de la ley, a los cuales se califica de "funcionarios o empleados públicos" (Art. 2º). En ambas, sin embargo, se hace referencia a las fundaciones.

Conforme a lo señalado anteriormente, interesa por tanto, dilucidar las fundaciones a las cuales se aplica la Ley Orgánica, en uno u otro sentido. Para ello, en primer lugar, debemos analizar en general, el objeto de este nuevo texto legislativo en cuanto a la regulación del patrimonio público, ubicando las fundaciones dentro de la Adminis-

tración Descentralizada del Estado, y precisando el sentido de las previsions del artículo 4º, en particular en relación a las fundaciones del Estado, y en segundo lugar, analizar el ámbito subjetivo de la ley, conforme al artículo 2º, en particular en relación a los directores y administradores de las fundaciones del Estado. A ello se destinan las próximas dos partes de este estudio.

IV. EL PATRIMONIO PUBLICO Y LAS FUNDACIONES EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

Tal como lo precisa el artículo 1º de la Ley Orgánica, éste tiene por objeto prevenir, perseguir y sancionar el *enriquecimiento ilícito* y los *delitos contra la cosa pública* que en ella se determina, y hacer efectiva, la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los *funcionarios y empleados públicos* y demás personas que se indican en ella.

A los efectos de cumplir ese objeto, la ley establece un sistema jurídico "de salvaguarda del patrimonio público" como lo dice su título. Clave es, por tanto, la definición del patrimonio público, la cual se formula en el texto legal desde un ángulo subjetivo.

En efecto la ley no define el patrimonio público por su contenido propio, sino referido al conjunto de sujetos de derecho cuyo patrimonio se considera, que constituye parte de aquel patrimonio público.

En esta forma, de acuerdo al artículo 4º de la ley, patrimonio público, en términos generales, es aquel que corresponde a las entidades del Estado, es decir, a los entes que forman parte de la organización general del Estado; y de acuerdo a la terminología ya común en la doctrina venezolana, estos entes estatales se clasifican, según la forma de la personalidad jurídica que adopten, en personas jurídicas de derecho público o de derecho privado.

1. *El patrimonio público y las personas jurídicas de derecho público estatales*

En esta categoría forman parte del patrimonio público, aquél que corresponde, a las personas jurídicas de derecho público, tanto territoriales o no territoriales, que forman parte de la estructura general del Estado.

A. *Las personas de derecho público territoriales y el patrimonio público*

Las personas de derecho público territoriales se enumeran en los ordinales 1 y 2 del artículo 4º, así: "la República" y "los Estados y

Municipios". Por tanto, todo el conjunto de bienes, derechos, ingresos y obligaciones que corresponde por cualquier título a la República, a los Estados de la Federación y a los Municipios, forma parte del patrimonio público a los efectos de la ley. En este sentido, la Hacienda Pública Nacional, la Hacienda Pública de los Estados y la Hacienda Pública de los Municipios constituyen parte del patrimonio público.

B. *Las personas de derecho público no territoriales y el patrimonio público*

Pero además, el artículo 4º, ordinal 3º, precisa que también forma parte del patrimonio público, el que corresponde por cualquier título a las personas de derecho público no territoriales, a las cuales enumera así: "los institutos autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales" la República, los Estados y los Municipios "tengan participación".

La Ley Orgánica, en esta forma, considera como personas jurídicas de derecho público, por supuesto, no territoriales y estatales, a los *institutos autónomos*, creados por ley, conforme al artículo 230 de la Constitución que, respectivamente, puede ser una ley emanada de las Cámaras Legislativas (Art. 162 de la Constitución) o de las Asambleas Legislativas (Art. 20, ord. 1º, y Art. 17, ord. 1º), o una ordenanza, en el caso de los institutos autónomos municipales.

Pero además de los institutos autónomos, la ley hace referencia al patrimonio de "los establecimientos públicos y demás personas de derecho público", lo que permite ubicar dentro de los sujetos cuyo patrimonio forma parte del patrimonio público, tanto a los establecimientos públicos corporativos estatales (universidades nacionales), como a los establecimientos públicos asociativos (Banco Central de Venezuela, o Banco Industrial de Venezuela, por ejemplo) estatales.

2. *El patrimonio público y las personas de derecho privado estatales con forma societaria*

En cuanto a las personas de derecho privado estatales cuyo patrimonio forma parte del patrimonio público, se definen en los ordinales 4, 5 y 6 del artículo 4º de la Ley Orgánica, y abarcan las sociedades del Estado de 1er. grado, las sociedades del Estado de 2do. grado, las fundaciones del Estado y las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las personas jurídicas estatales.

Analizaremos, a continuación, lo relativo a las sociedades civiles y mercantiles estatales, para luego estudiar las fundaciones.

A. *Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de primer grado y el patrimonio público*

De acuerdo, al ordinal 3º del artículo 4º, se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

Las sociedades en las cuales la República, y demás personas a que se refieren los numerales anteriores (los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público estatales), tengan *participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social*. Quedan comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

Se incluyen en esta categoría, por supuesto, tanto a las sociedades civiles como a las sociedades mercantiles (empresas del Estado), en las cuales los entes públicos territoriales o con forma de derecho público descentralizados estatales, tengan una participación igual o mayor al 50 por ciento del capital social.

B. *Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de segundo grado y el patrimonio público*

El ordinal 5º del artículo 4º de la Ley Orgánica además, establece que también se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a "las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior (las sociedades civiles o mercantiles del Estado de primer grado), *tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento*".

Se incluyen en esta categoría, por supuesto, tanto a las sociedades civiles como mercantiles de segundo grado del Estado.

3. *El patrimonio público y las fundaciones*

En cuanto a las fundaciones, al regular el patrimonio público, la Ley Orgánica distingue dos categorías: las fundaciones del Estado (las constituidas y dirigidas por entes estatales), y las fundaciones de cuya

gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales, sean estas fundaciones tanto privadas como del Estado.

A. *Las fundaciones del Estado y el patrimonio público*

De acuerdo con el ordinal 6º del artículo 4º de la Ley Orgánica, también se considera como patrimonio público el que corresponde por cualquier título a “las fundaciones *constituidas y dirigidas por las personas referidas en el presente artículo*”, es decir, a las fundaciones constituidas y dirigidas por las siguientes personas jurídicas estatales:

1. La República.
2. Los Estados y Municipios.
3. Los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público estatales.
4. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de primer grado.
5. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de segundo grado.

En todos estos casos, para que el patrimonio de una fundación se considere como formando parte del patrimonio público, debe tratarse de fundaciones *constituidas y dirigidas* por las mencionadas personas jurídicas estatales. La ley exige, *acumulativamente*, que la fundación esté *constituida “y” dirigida* por los entes estatales mencionados, por lo que si sólo está constituida por uno o varios de esos entes estatales, pero estatutariamente no está dirigida por éstos, el patrimonio de esa fundación, que es privada, no se considera patrimonio público.

Viceversa, si una fundación no ha sido constituida por los referidos entes estatales sino por personas particulares, pero sí es *dirigida* por los entes estatales, el patrimonio de esa fundación tampoco formaría parte del patrimonio público, a los efectos de la Ley Orgánica.

Podría ocurrir, en efecto, que una fundación constituida por particulares no pudiese ser administrada por alguna circunstancia, y que el Juez de Primera Instancia, conforme al artículo 22 del Código Civil, decidiera organizar la administración, atribuyendo la dirección de la misma a representantes oficiales de entes estatales o a personas designadas formalmente por éstas. En esos casos, aun tratándose de fundaciones dirigidas por entes estatales, su patrimonio no se consideraría como patrimonio público.

La típica fundación del Estado, en esta forma, “constituida y dirigida” por los entes estatales, es aquella que formalmente se ordena

constituir mediante decreto presidencial, lo cual es muy frecuente. Es el caso, por ejemplo, de Fundacomún, que fue la primera fundación cuya creación se ordenó mediante decreto presidencial, autorizando al Procurador General de la República para protocolizar el acto fundacional.

B. *Las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales y el patrimonio público*

Por último, el artículo 4º, ordinal 6º de la Ley Orgánica, considera como patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título, a las fundaciones “de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros” para las personas jurídicas estatales de derecho público o de derecho privado enumeradas en el propio artículo 4º de la ley.

Este artículo recoge la terminología que se había acuñado en la Ley Orgánica de Crédito Público y en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario desde 1976, por lo que en esta categoría de fundaciones “de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros” para los entes estatales, como se señaló, podría estar formada, por fundaciones privadas en los casos en los cuales, por ejemplo, los entes estatales hayan otorgado garantías para respaldar las obligaciones de las mismas. Sería el supuesto regulado, por ejemplo, en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Crédito Público en relación a las garantías otorgadas por la República para respaldar operaciones de fundaciones privadas que no sean de las *constituidas y dirigidas* por los entes estatales.

4. *Conclusión: el patrimonio público y las fundaciones*

En conclusión, de acuerdo a lo anteriormente indicado, forman del patrimonio público, el patrimonio de dos categorías de fundaciones:

a. En primer lugar, el patrimonio de las *fundaciones del Estado*, es decir, *las fundaciones constituidas y dirigidas* por la República, los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los entes antes mencionados tengan participación, y las sociedades civiles y mercantiles del Estado, tanto en primero como en segundo grado.

b. En segundo lugar, el patrimonio de las *fundaciones privadas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales*, por ejemplo, si éstos han otorgado garantías para respaldar sus obligaciones.

V. EL AMBITO SUBJETIVO DE LA LEY ORGANICA Y LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES DE ALGUNAS FUNDACIONES

A los efectos de salvaguardar el patrimonio público, y de hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios públicos, la Ley Orgánica enumera, a sus propios efectos, en su artículo 2º, a quienes considera como funcionarios o empleados públicos. A tal efecto, la ley tampoco da una definición sustantiva de lo que entiende por funcionarios públicos, sino que la enumeración que hace, la realiza en relación a las diversas personas jurídicas en las cuales aquéllos prestan sus servicios.

1. *Los funcionarios o empleados públicos y las personas jurídicas de derecho público estatales*

En efecto, en primer lugar, la ley considera como funcionarios o empleados públicos a quienes estén investidos de funciones públicas *al servicio de personas de derecho público estatales*.

En efecto, el ordinal 1º del artículo 2º de la Ley Orgánica establece que "para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos":

A todos los que están investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las entidades federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades.

Este ordinal exige, por supuesto, algunos comentarios.

En primer lugar, la expresión "estar investido de funciones públicas" se utiliza en el sentido más amplio, de estar al servicio de un ente de derecho público, en calidad de empleado, como categoría contrapuesta a la de obrero, en ejercicio del derecho constitucional de desempeñar "funciones públicas", previsto en el artículo 112 de la Constitución. En esta categoría se encuentra, por tanto, todo "funcionario o empleado público" en los mismos términos en los cuales se utiliza esta expresión en los artículos 46, 122 y 125 de la Constitución y que abarca a los empleados que estén al servicio de la República, tanto en las Cámaras Legislativas como en los tribunales y en los órganos de la Administración Central; de los entes de la Administración Descentralizada Estatal con forma de derecho público, así como a los que estén

al servicio de los Estados y Municipios, sea que las funciones las realicen en forma permanente o transitoria, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, nombramiento o contrato.

A. *Funcionarios de la República*

Los funcionarios de la República se pueden agrupar en cuatro categorías: funcionarios al servicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial, de la Administración Central y de las administraciones con autonomía funcional.

a. *Funcionarios al servicio del Poder Legislativo*

Por tanto, están sujetos a la Ley Orgánica, en primer lugar, los funcionarios al servicio de las Cámaras Legislativas, lo cual comprende tanto los funcionarios electos, senadores y diputados, principales y suplentes, una vez juramentados, como aquellos funcionarios o empleados al servicio de las Cámaras Legislativas, regulados en el Estatuto de Personal del Congreso dictado por las Cámaras Legislativas, y que presen sus funciones sea por nombramiento o contrato, y sea que lo realicen en forma permanente, transitoria, remunerada o gratuita.

b. *Funcionarios al servicio del Poder Judicial*

En segundo lugar, están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios al servicio del Poder Judicial, lo cual comprende a los jueces titulares, sus suplentes una vez juramentados, los conjuces, así como los secretarios y alguaciles y a los otros funcionarios administrativos al servicio de los tribunales.

c. *Funcionarios de la Administración Central Nacional*

En tercer lugar, están sujetos a la Ley Orgánica, por supuesto, los funcionarios o empleados públicos de la Administración Central regulada en la Ley Orgánica de la Administración Central, es decir, al servicio de la organización administrativa integrada en el Poder Ejecutivo. En esta forma, básicamente estarían comprendidos en esta categoría, los funcionarios o empleados públicos de los Ministerios, de las Oficinas Centrales de la Presidencia y de los otros organismos de ésta, regulados en la Ley de Carrera Administrativa y a los cuales se destina, básicamente, el artículo 122 de la Constitución.

d. *Funcionarios de la Administración con autonomía funcional*

En cuarto lugar, también están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios o empleados públicos de los organismos de la República que gozan de autonomía funcional, particularmente los de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público, del Consejo de la Judicatura y del Consejo Supremo Electoral.

B. *Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional Estatal*

Además, también están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios de la Administración Descentralizada con forma de derecho público e integrada a la estructura general del Estado. Esto se deduce de la expresión "instituto o establecimiento público sometido por ley a control de tutela o de cualquier otro tipo" por parte de los entes territoriales, es decir, en el ámbito nacional, por parte de la República.

En tal sentido, están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios o empleados públicos de los institutos autónomos, es decir, de los establecimientos públicos institucionales, los cuales son los que están sometidos a control de tutela. También están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios o empleados públicos de los otros establecimientos públicos, tanto corporativos como asociativos, sometidos a cualquier otro tipo de control por parte de los órganos de la República, es decir, de carácter estatal. Entre ellos, se destacan los funcionarios o empleados públicos de las Universidades nacionales, como establecimientos públicos corporativos estatales que están sometidos a control del Consejo Nacional de Universidades; así como los de los establecimientos públicos asociativos sometidos a control accionario de la República, por tener participación decisiva en su capital, como serían el Banco Central de Venezuela, el Banco Industrial de Venezuela y el Banco de Desarrollo Agropecuario.

C. *Funcionarios de los Estados*

Además de los funcionarios de la República y de los entes descentralizados nacionales, están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios o empleados públicos de los Estados de la República y de los institutos autónomos estatales. Entre los primeros, se encuentran los diputados a las Asambleas Legislativas y sus suplentes, una vez juramentados, el

Gobernador, el Procurador, y el Contralor del Estado y los demás funcionarios o empleados públicos de las gobernaciones estatales y de los institutos autónomos estatales.

D. *Funcionarios de las Municipalidades*

Por último, también están sujetos a la Ley Orgánica, los funcionarios o empleados públicos de las Municipalidades del país, actualmente de los Concejos Municipales de los Distritos, sean los electos como concejales; sean los que identifica la Ley Orgánica de Régimen Municipal, como el Administrador Municipal, el Síndico Procurador Municipal, y el Contralor Municipal; sean todos los otros funcionarios o empleados públicos de órganos municipales, o de los Institutos Autónomos municipales.

2. *Los funcionarios y empleados públicos y las personas jurídicas de derecho privado estatales y no estatales*

Pero además, el artículo 2º, ordinal 2º de la Ley Orgánica también considera, a los efectos de la propia ley, como “funcionarios o empleados públicos”:

A los directores y administradores de las *sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas* en el artículo 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio, y los directores nombrados *en representación de dichas entidades estatales*, aun cuando la *participación* fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

Esta norma, en virtud de su redacción, debe ser clarificada con exactitud, particularmente respecto a dos aspectos: en primer lugar, en relación a que se entiende por directores y administradores; y en segundo lugar, en relación a la distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales que establece.

A. *La noción de directores y administradores*

Ante todo, debe señalarse que la norma considera como funcionarios o empleados públicos sólo a los *directores y administradores* de determinadas entidades de derecho privado estatales, así como a los *directores* nombrados en representación de entidades estatales, en entes de derecho privado no estatales. Por tanto, no todos los empleados de

esas entidades se los considera como funcionarios o empleados públicos, sino sólo a los directores y administradores de las entidades estatales y a los directores de algunas entidades no estatales.

La utilización, por el legislador, de las expresiones "directores y administradores" por una parte, y "directores" por la otra, tuvo por objeto distinguir dos categorías de empleados de los mencionados antes: por una parte los *directores*, es decir, aquellos que forman parte del *órgano colegiado* que tiene a su cargo la dirección superior de la entidad, llámese Junta Directiva, Junta Administradora, Consejo Directivo, etc.; y por la otra, a los *administradores*, es decir, los altos ejecutivos o gerentes de las entidades y quienes, sin ser miembros del mencionado órgano colegiado, tienen poder de decisión para comprometer la gestión patrimonial de la entidad.

Por tanto, a los efectos de la Ley Orgánica, son funcionarios o empleados públicos:

1. Primero, los *directores y administradores* de las entidades de derecho privado *estatales*, con forma societaria.

2. Segundo, los *directores y administradores* de las fundaciones privadas o del Estado en cuyo patrimonio inicial hayan participado entidades estatales en un 50 por ciento o más del mismo.

3. Tercero, los *directores* de entidades de derecho privado no estatales, nombrados en representación de las entidades estatales que participen minoritariamente en ellas. Resulta necesario, por tanto, precisar la distinción que trae la norma, respecto de entidades de derecho privado estatales y no estatales.

B. *La distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales de carácter societario*

El ordinal 2º del artículo 2º establece una clara distinción entre personas jurídicas estatales y personas jurídicas no estatales, básicamente destinadas a las que tienen forma societaria, según que en ellas tengan participación igual o mayor al 50 por ciento de su capital otras personas jurídicas estatales.

En efecto, al considerar como funcionarios o empleados públicos a los directores y administradores de "las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el ar-

título 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio”, esta norma se refiere, sin la menor duda, en cuanto a las *formas jurídicas societarias* a diversas *personas jurídicas de derecho privado estatales*, es decir, que forman parte de la organización general del Estado, en virtud de la participación igual o mayor al 50 por ciento de su capital o patrimonio, de otras personas jurídicas estatales (sociedades civiles del Estado y empresas del Estado). Por eso, si la participación de estas entidades estatales fuese inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio, los directores y administradores de la entidad no se consideran como funcionarios o empleados públicos, salvo en el caso de los *directores nombrados en representación* de dichas entidades, por la participación minoritaria que pudieran tener.

Es importante insistir, en todo caso, en la distinción entre las personas jurídicas de derecho privado, estatales y no estatales, a los efectos de esta norma de la ley, y de su aplicabilidad a las fundaciones.

C. *Las personas jurídicas de derecho privado donde presten servicios los directores y administradores considerados como funcionarios o empleados públicos*

La Ley Orgánica, en la primera parte del ordinal 2º del artículo 2º, menciona a “las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras *personas jurídicas*”, por supuesto, de *derecho privado* que, además, en cuanto a las sociedades, son de *carácter estatal*, lo cual deriva de la participación mayoritaria, en su capital o patrimonio, de las entidades mencionadas en el artículo 4º (estas son: la República, los Estados, los Municipios, los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación, las sociedades civiles y mercantiles del Estado en primero y segundo grados, las fundaciones del Estado constituidas y dirigidas por las entidades antes mencionadas y las fundaciones privadas o del Estado que éste no dirija, de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para las entidades estatales).

A los efectos de determinar la participación mayoritaria de las entidades estatales en estas personas jurídicas de derecho privado, la Ley Orgánica utiliza la siguiente fórmula:

cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

La redacción de este párrafo exige determinar con precisión qué debe entenderse por “aportes” en cantidades iguales o mayores al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

a. *Los aportes en las sociedades civiles y mercantiles del Estado*

En cuanto a las *sociedades civiles y mercantiles*, dado el sustrato personal de esos entes, el capital de las mismas está siempre representado en cuotas partes o acciones. Por tanto, los aportes de los socios o accionistas se refleja en la composición del capital, en la titularidad de cuotas partes o acciones. En consecuencia, cuando las entidades estatales enumeradas en el artículo 4º sean titulares del 50 por ciento o más de las cuotas partes o acciones de sociedades civiles o mercantiles, éstas se consideran también entidades estatales (sociedades civiles del Estado o empresas del Estado) en cuyo caso, los directivos o administradores de ellas se consideran funcionarios o empleados públicos a los efectos de la Ley Orgánica.

b. *Los aportes en las fundaciones*

En cuanto a las *fundaciones*, la ley habla del patrimonio, y cuando menciona los “aportes” al mismo, sólo puede referirse a los aportes fundacionales, es decir, de constitución de la fundación en el acto fundacional, que son los que determinan la “participación” de los fundadores en la configuración del patrimonio. Por tanto, cuando se constituye una fundación, si el patrimonio de la misma está formado, en el acto fundacional, por aportes de personas jurídicas estatales que configuren más del 50 por ciento del patrimonio de la fundación, aun cuando la fundación no sea una fundación del Estado, por no estar dirigida por las personas jurídicas estatales fundadoras y, constituir, por tanto una fundación privada, los directivos o administradores de ellas también se consideran funcionarios o empleados públicos a los efectos de la ley.

c. *Los aportes y las participaciones*

En todo caso, la expresión “aporte”, en la Ley Orgánica, debe interpretarse en relación a la expresión “participación” que emplea el mismo artículo. Por ello, no puede considerarse aporte, a los efectos del artículo 2º, ordinal 2º, por ejemplo, una donación que haga un particular a una sociedad civil o mercantil o a una fundación ya constitui-

das, así como tampoco puede considerarse "aporte", por ejemplo, un subsidio que entregue la República a una sociedad mercantil o civil o a una fundación ya constituidas. Aporte, por tanto, debe entenderse como participación, es decir, en relación a las sociedades civiles y mercantiles, como participación reflejada en cuotas partes o acciones suscritas en la constitución de la persona jurídica o con posterioridad; y en relación a las fundaciones, como participación en la constitución inicial del patrimonio fundacional, única oportunidad en la cual en la configuración del patrimonio de una fundación, pueden "participar" los fundadores aportando bienes. Después de constituida una fundación, el patrimonio fundacional se incrementa, más aún, se debe incrementar, con donaciones o con el resultado económico de la gestión patrimonial, pero ya en él no "participan" sujetos de derecho, pues, la fundación como persona jurídica, no tiene sustrato personal; ni las donaciones o subsidios que reciban, se pueden considerar aportes, a los efectos de la Ley Orgánica.

Por ejemplo, los "aportes" que una entidad pública haga a una Caja de Ahorros constituida como sociedad, en relación al ahorro de los socios, no convierte a la entidad pública en socio, ni puede decirse que participe en su capital. En el mismo sentido, los subsidios que el Estado entregue a una sociedad mercantil o a una fundación privada, en su política de fomento, no convierte al Estado en socio de la empresa o en "participante" en el patrimonio fundacional, ni cambian el carácter de la entidad de privada a estatal.

En consecuencia, para que puedan considerarse funcionarios o empleados públicos a los directores o administradores de personas jurídicas de derecho privado, es necesario que las entidades estatales enunciadas en el artículo 4º de la Ley Orgánica participen mayoritariamente en el capital o patrimonio de ellas, en la siguiente forma:

1. En el capital social de las sociedades civiles, mediante la titularidad del 50 por ciento o más de las cuotas partes de la sociedad.
2. En el capital social de las sociedades mercantiles, mediante la titularidad del 50 por ciento o más de las acciones de la sociedad.
3. En el patrimonio de las fundaciones con un aporte fundacional en el patrimonio inicial equivalente al 50 por ciento o más de dicho patrimonio.

Por el contrario, no pueden considerarse como funcionarios o empleados públicos, los directores o administradores de las sociedades ci-

viles o mercantiles y de las fundaciones que reciban subsidios y donaciones de las entidades estatales, así sea en cuantías considerables y que puedan llegar a ser equivalentes e, inclusive, superiores al propio capital social de la sociedad o patrimonio inicial de la fundación.

D. *Las personas jurídicas de derecho privado no estatales donde presten servicios directores, considerados como funcionarios o empleados públicos*

El artículo 2º, ordinal 2º de la Ley Orgánica, considera, a sus efectos, como funcionarios o empleados públicos a “los directores nombrados en representación de las entidades estatales que participen en el capital o patrimonio de sociedades civiles o mercantiles o fundaciones, cuando la participación de esos entes estatales fuese inferior al 50 por ciento del mismo”.

Esta norma confirma lo anteriormente expuesto, en relación a la distinción entre las personas jurídicas de derecho privado estatales y no estatales, particularmente, en relación a las que tienen forma societaria. Las estatales son las sociedades en las cuales los entes estatales tienen participación en su capital igual o superior al 50 por ciento del mismo; y serían no estatales, cuando esa participación no llegue a esos porcentajes. En estos casos, sin embargo, si las entidades estatales sólo tienen una participación minoritaria en el capital o patrimonio de la sociedad civil o mercantil o de la fundación, pero ello les da derecho según los Estatutos, a designar algún o algunos directores de la persona jurídica no estatal; esos directores, a los efectos de la Ley Orgánica se consideraran como funcionarios o empleados públicos. Lo mismo sucede con las fundaciones en cuyo patrimonio inicial participen minoritariamente entes estatales, pero conforme a cuyos estatutos, éstos designen a algunos directores.

3. *Conclusión: los funcionarios o empleados públicos y las fundaciones*

En conclusión, de acuerdo a lo anteriormente indicado, se consideran como funcionarios o empleados públicos a los efectos de la Ley Orgánica, aquellos que presten servicios en fundaciones, en los siguientes casos:

a. En primer lugar, los directores y administradores de las *fundaciones del Estado*, es decir, aquellas en las cuales hayan participado,

en calidad de fundadores, en la *constitución* del patrimonio inicial, las entidades estatales enumeradas en el artículo 4º de la Ley Orgánica con aportes iguales o superiores al 50 por ciento del patrimonio y sean *dirigidas* por las mencionadas entidades estatales.

b. En segundo lugar, los *directores y administradores* de las *fundaciones privadas* en las cuales los entes estatales hayan participado en su constitución, con aportes patrimoniales iniciales en montos iguales o superiores al 50 por ciento del patrimonio de la fundación, pero que *no sean dirigidas* por las entidades estatales.

c. En tercer lugar, los *directores* de las fundaciones en las cuales las entidades estatales hayan participado en la constitución del patrimonio fundacional, en una proporción inferior al 50 por ciento del mismo, siempre que sean nombrados en representación de aquéllas.

Por tanto, en ningún caso se puede considerar como funcionarios o empleados públicos, a los directores y administradores de fundaciones privadas, constituidas por particulares exclusivamente, o con participación inicial de entes estatales en proporción minoritaria, y que reciban subsidios de las entidades estatales, cualquiera que sea la cuantía; ni de las fundaciones privadas, de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para entidades estatales.

VI. CONCLUSIONES GENERALES

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir, en relación a las fundaciones, su régimen jurídico y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, lo siguiente:

1. Las fundaciones son, en el ordenamiento jurídico venezolano, personas jurídicas de derecho privado, cuyo sustrato real, un patrimonio afectado a una finalidad de utilidad pública, justifica la protección jurídica que le da el ordenamiento civil, así como el control del Estado en relación a su actividad.

2. Las fundaciones son, básicamente, de dos categorías: *fundaciones privadas*, cuyos fundadores pueden ser: en primer lugar, personas naturales o personas jurídicas particulares o privadas, en el sentido de que, mayoritariamente, aportaron bienes o derechos que integran el patrimonio inicial (fundacional) de la entidad, y son dirigidas por personas naturales privadas; y en segundo lugar, personas privadas y personas jurídicas estatales, incluso con participación, de estas últimas,

en el patrimonio fundacional en monto igual o superior al 50 por ciento de patrimonio inicial, siempre que no sean dirigidas por las personas estatales fundadoras; y *fundaciones del Estado*, cuyos fundadores son personas de derecho público o personas jurídicas de derecho privado estatales, en el sentido de que, mayoritariamente, aportaron bienes o derecho, que integran el patrimonio inicial y son siempre dirigidas por las personas estatales fundadoras de la entidad.

Tanto las fundaciones privadas como las fundaciones del Estado, en virtud de los fines de utilidad pública que persiguen, están sometidos al control del Estado, cuya intensidad varía según la participación de los entes estatales en su patrimonio y según su integración a la estructura general del Estado.

3. En cuanto a las fundaciones privadas, pueden distinguirse varias categorías: en primer lugar, las fundaciones netamente privadas constituidas y dirigidas por particulares en su totalidad, sometidas al régimen de control del Código Civil; en segundo lugar, las fundaciones privadas en cuyo patrimonio inicial participaron personas jurídicas estatales, incluso en proporción mayoritaria, pero que no son dirigidas por esas personas jurídicas estatales, sometidas a ciertos controles públicos en virtud de dicha participación estatal mayoritaria; en tercer lugar, las fundaciones privadas que reciben subsidios del Estado y que, por ese hecho, en cuanto al manejo y afectación de tales subsidios, están sometidos a controles del Estado; y en cuarto lugar, las fundaciones privadas cuya gestión ha sido garantizada por entes del Estado y de cuya gestión, por tanto, pueden derivarse compromisos financieros para los entes estatales, en cuyo caso, también quedan sometidos a ciertos controles del Estado (presupuestario y de crédito público), y su patrimonio se considera patrimonio público, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

4. En cuanto a las fundaciones del Estado, estas son las fundaciones *constituidas y dirigidas* por personas jurídicas estatales.

5. Las fundaciones privadas, conforme al Código Civil, están sometidas a un régimen general de control que ejercen los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción.

Si las fundaciones privadas fueron constituidas inicialmente con participación de personas jurídicas estatales, en porcentaje igual o mayor al 50 por ciento del patrimonio inicial, los directores y administradores de las mismas se consideran como funcionarios públicos, a los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Si las fundaciones privadas reciben subsidios de la República, están sometidas, además, a control de la Contraloría General de la República y de los Ministerios correspondientes, en cuanto a que deben informar, regularmente, sobre el uso de los subsidios, pudiendo dar origen, el incumplimiento de los deberes respectivos, a la apertura de una averiguación por la Contraloría General de la República y a la determinación de responsabilidades administrativas.

Por su parte, la Contraloría está facultada para vigilar que dichos subsidios sean invertidos en las finalidades para las cuales fueron otorgados, pudiendo practicar inspecciones y establecer los sistemas de control que estime convenientes.

Además, si de la gestión de las fundaciones privadas, pueden derivarse compromisos financieros para la República, quedan sometidas al régimen de control presupuestario y de crédito público previsto en las leyes orgánicas respectivas. Además, en estos casos, su patrimonio es considerado como patrimonio público.

6. Las fundaciones del Estado, están sometidas a diversos controles públicos, por tratarse de fundaciones constituidas y dirigidas por personas jurídicas estatales. Así, están sometidas al régimen presupuestario y de crédito público previsto en las leyes orgánicas respectivas, y su patrimonio se considera como patrimonio público.

7. De acuerdo a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se considera como *patrimonio público*, el patrimonio de las siguientes fundaciones: en primer lugar, de las fundaciones del Estado, constituidas y dirigidas por personas jurídicas estatales y, en segundo lugar, de las fundaciones privadas, de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para las personas jurídicas estatales.

8. De acuerdo a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se consideran como *funcionarios o empleados públicos*, las personas naturales al servicio de las siguientes fundaciones: en primer lugar, los directores y administradores de las fundaciones del Estado, es decir, de aquellas en cuyo patrimonio inicial (fundacional) hayan participado personas jurídicas estatales en una proporción igual o mayor al 50 por ciento de dicho patrimonio fundacional, y sean dirigidas por los entes estatales fundadores; en segundo lugar, los directores y administradores de las fundaciones privadas constituidas con participación de personas jurídicas estatales, en proporción igual o mayor al 50 por ciento del patrimonio inicial, pero que no son dirigidas por las personas estatales fundadoras; en tercer lugar, los directores de las fundaciones

privadas en cuya constitución inicial hayan participado con aportes al patrimonio fundacional, personas jurídicas estatales en una proporción inferior al 50 por ciento del mismo, siempre que dichos directores sean nombrados en representación de dichas personas jurídicas estatales.

9. A los efectos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el patrimonio de las fundaciones privadas que reciban subsidios de las personas jurídicas estatales, no se puede considerar como patrimonio público, ni los directores y administradores de dichas fundaciones privadas que reciban subsidios de las entidades estatales, pueden tampoco considerarse como funcionarios o empleados públicos.

III

LA RESPONSABILIDAD
DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO ANTE LA ADMINISTRACION

ELOY LARES-MARTÍNEZ

I

La responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución esencial en el estado de derecho. Poco valdría la definición de las atribuciones y deberes de los agentes públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de las primeras y dejar de observar el cumplimiento de los segundos. No es suficiente con la declaración de nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho. Es necesario, además, que mediante sanciones de diverso orden, se mantenga a los funcionarios en el círculo preciso de las atribuciones que las normas jurídicas les trazan.

En Venezuela, el principio de la responsabilidad de los funcionarios públicos está consagrado en el artículo 121 de la Constitución de la República, conforme a la cual "el ejercicio del Poder Público acarrea rresponsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley".

La doctrina generalmente admite tres formas de responsabilidad de los funcionarios, a saber: penal, civil y administrativa.

La Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público incluye en su objeto, el de hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella.

Incurrn en responsabilidad penal los agentes públicos que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realizan infracciones expresamente calificadas por las leyes como hechos punibles y sancionadas por ellas con penas determinadas. Dicha responsabilidad acarrea la con-

dena impuesta por los tribunales, al cumplimiento de las penas corporales o incorpales establecidas por el legislador.

Incurren en responsabilidad administrativa los funcionarios que, por sus actos, hechos u omisiones, afecten la disciplina o el buen funcionamiento del servicio, o infrinjan disposiciones legales o reglamentarias. La responsabilidad administrativa ofrece dos modalidades: cuando por errores, negligencias u omisiones el funcionario afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio, ello origina la imposición de correcciones disciplinarias (amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del cargo o destitución), las cuales competen exclusivamente al superior jerárquico, y esta especie se denomina responsabilidad disciplinaria; en cambio, cuando se trata de actos, hechos u omisiones violatorios de disposiciones legales o reglamentarias, estamos en presencia de la responsabilidad administrativa propiamente dicha, que se traduce en multas, que podrá imponer el Contralor General de la República.

El funcionario o empleado público, según lo dispone el artículo 34 de la Ley de Salvaguarda, responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al patrimonio público. Esta responsabilidad genera en el funcionario culpable, la obligación de reparar a la Administración, el daño que le ha sido ocasionado.

II

Conviene recordar que los sujetos pasivos de la Ley Orgánica de Salvaguarda no son exclusivamente los individuos que en sentido estricto pueden ser considerados funcionarios o empleados públicos, por estar investidos de funciones públicas al servicio de entidades públicas. Para los efectos de la citada ley, conforme al artículo 2º de la misma, se consideran también funcionarios o empleados públicos, los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles y fundaciones cuando el capital de las sociedades mercantiles o el patrimonio de las sociedades civiles o de las fundaciones estuviere formado en un cincuenta por ciento al menos, con aportes del sector público, es decir, de la República, los Estados o Municipios, los institutos autónomos y demás personas jurídicas de derecho público, o de sociedades en las cuales las entidades mencionadas tengan una participación no menor del cincuenta por ciento (50%). Todos los individuos señalados están sujetos al régimen de la citada ley, y por lo tanto, a todos ellos son aplicables los preceptos jurídicos que vamos a examinar, referentes a la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración.

Por patrimonio público entiende la referida ley, aquel que corresponde por cualquier título a las personas jurídicas que acabamos de mencionar, es decir, a la República, a las entidades federativas, a los Municipios, a los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas de derecho público, y en fin, a las sociedades en cuyo capital el sector público participe en cantidad no menor del cincuenta por ciento, y en las fundaciones a cuyo patrimonio hayan aportado las entidades de derecho público no menos del cincuenta por ciento.

La actuación de los sujetos sometidos al régimen de la Ley de Salvaguarda puede dar origen a la responsabilidad civil del funcionario ante los administrados, si éstos han sufrido daños emanados de la conducta dolosa o culposa de aquél, o bien, a la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración, si ha sido el patrimonio público el afectado por aquella conducta. En uno y otro caso la falta del funcionario genera la obligación de indemnizar, o sea, reparar económicamente los daños causados.

Con motivo del desarrollo de la actividad administrativa los particulares suelen sufrir daños que directa o indirectamente afecten su patrimonio. Se plantea en estos casos el problema de saber quién es el titular de la responsabilidad, esto es, a quién corresponde indemnizar las consecuencias del acto, hecho u omisión dañosa: al Estado o al funcionario que realizó el acto o hecho o incurrió en la omisión.

En Francia la jurisprudencia primero y la doctrina después han establecido una distinción que se ha generalizado, entre la responsabilidad de la Administración y la del funcionario, la cual se basa sobre el antagonismo entre la *falta del servicio* y la *falta personal*. Si el acto dañoso ha provenido de un hecho del servicio, y constituido, por lo tanto, una falta del servicio, corresponde al Estado cubrir el monto de la indemnización. En cambio, si el acto dañoso ha sido puramente personal del funcionario y, en consecuencia, constituye una falta personal, el funcionario deberá, con su propio patrimonio, cubrir el monto de los daños y perjuicios causados.

Con frecuencia se expresa la diferencia entre uno y otro tipo de faltas, llamándolas *falta separable* y *no separable* del ejercicio de las funciones. La falta personal es, por supuesto, la falta separable de la función.

No ha habido un completo acuerdo entre los autores en cuanto a las condiciones requeridas para que una falta sea considerada como separable de la función y, en consecuencia, personal del funcionario.

En Francia, la doctrina clásica para caracterizar la falta personal, o sea, la falta separable, ha sido la de Eduardo Laferrière, llamada la doctrina de las pasiones personales: hay falta de servicio, según Laferrière, "si el acto es impersonal, si revela un administrador o un mandatario del Estado más o menos sujeto a error, y no al hombre, con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias. Si al contrario, la personalidad del agente se revela por sus faltas de derecho común, por una violencia, una imprudencia, entonces la falta es imputable al funcionario, no a la función".

En sentencia dictada el 14 de noviembre de 1963, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, se pronunció por calificar "faltas separables", y por lo tanto, imputables personalmente al funcionario, las faltas cometidas al margen de la función pública, y además, las faltas cometidas aparentemente en ejercicio de funciones públicas, pero que intelectualmente pueden ser separadas de las mismas, por tratarse de faltas intencionales o de faltas graves, esto es, debidas *a un error inexcusable*.

III

También ha de responder civilmente el funcionario ante la Administración si por faltas personales, aquél ha causado daños al patrimonio público. Este tema es precisamente el núcleo u objeto esencial de la presente exposición. La responsabilidad se limita a los casos en que el daño causado al patrimonio público provenga del dolo del funcionario, de su negligencia o imprudencia absolutamente inexcusable o de abuso de poder. El artículo 34 de la Ley Orgánica de Salvaguarda dispone: "El funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al patrimonio público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes". A nuestro parecer, para que pueda ser condenado al pago de la indemnización, es preciso que el funcionario haya procedido con dolo o culpa grave. La Administración no puede exigir a sus agentes responsabilidad pecuniaria por faltas que no revistan excepcional gravedad, porque ello conduciría a los servidores públicos a proceder con excesiva cautela, sin la presteza necesaria, y paralizaría en ellos el espíritu de iniciativa. Si las faltas cometidas presentan los expresados caracteres, puede ser exigida responsabilidad civil al funcionario, aun cuando del acto u omisión dañosos no hubiere derivado beneficio personal alguno.

Ya hemos advertido que la responsabilidad como funcionario alcanza, según los términos de la Ley Orgánica de Salvaguarda, a personas que sin ser funcionarios propiamente dichos, son considerados como tales por desempeñar funciones en la administración de sociedades o fundaciones en las cuales participa en alto grado el sector público.

IV

Son de suma importancia las atribuciones que en esta materia confiere la Ley de Salvaguarda a la Contraloría General de la República. Es natural que así sea, ya que conforme a la Constitución, corresponde a la Contraloría General, el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos, y aquella misma autoriza que las funciones de la Contraloría General se extiendan por ley a los institutos autónomos, así como también a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la Constitución; y al desarrollar tales preceptos, la Ley Orgánica de la Contraloría General establece las normas concernientes al control de la administración central, al control de la administración nacional descentralizada y al control de los Estados y Municipios.

En materia de responsabilidad civil de los funcionarios frente a la Administración, cabe destacar las atribuciones que confieren a la Contraloría General, los numerales 3, 5 y 7 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Salvaguarda.

El referido numeral 3º encomienda a la Contraloría General sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la propia Ley de Salvaguarda o de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas sometidas al régimen de dicha ley. Se trata, pues, de la realización de investigaciones, dirigidas, entre otras finalidades, a fijar la responsabilidad civil de los funcionarios. La Contraloría General habrá de ejercer ahora las funciones que habían correspondido a la Comisión Investigadora creada por la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos. En realidad había cierta duplicidad de funciones, pues el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General encarga al órgano contralor, la realización de investigaciones, en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo

la administración, manejo o custodia de bienes o fondos del patrimonio público o intervengan en cualquier forma en esas operaciones hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. En este caso, según lo ordenado por el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, si de la averiguación administrativa surgieren indicios de responsabilidad civil o penal, se enviará el expediente a las autoridades competentes para que éstas la hagan efectiva. Por una u otra vía, al aparecer indicios de uno u otro tipo de responsabilidades, el expediente debía ser enviado al Fiscal General a quien corresponde intentar, si las estima procedentes, las acciones civiles o penales.

Con la nueva ley queda derogada la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, y extinguida, en consecuencia, la Comisión Investigadora. Todo lo concerniente a la realización y sustanciación de averiguaciones ha quedado exclusivamente atribuido a la competencia de la Contraloría General.

El numeral 5 del mencionado artículo 32 de la Ley de Salvaguarda complementa lo estatuido en el numeral que hemos analizado. Se ordena al órgano contralor en el citado numeral 5, enviar al Fiscal General de la República, o a los tribunales competentes, todos los documentos o elementos que ellos exijan, así como los resultados de las investigaciones que realice sobre toda acción u omisión que produjera un perjuicio al patrimonio público o pudiere comprometer la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos y demás individuos asimilados a ellos en la Ley de Salvaguarda. No incumbe a la Contraloría pronunciamiento alguno acerca de la responsabilidad civil de los funcionarios. Ella solo investiga. El resultado de sus investigaciones será pasado al Fiscal, y éste, si lo estimare procedente, intentará las acciones civiles pertinentes ante los tribunales competentes, encargados de sentenciar. El numeral expresado ordena en tales casos al órgano contralor, remitir al Fiscal General o a los tribunales competentes, todos los instrumentos exigidos por ellos, así como el resultado de las investigaciones practicadas sobre actos u omisiones dañinas para el patrimonio público.

El numeral 7 contempla un caso particular de investigación que ha de realizar la Contraloría General: aquella que debe ser abierta cuando fundadamente se presume que un funcionario público hubiere enviado fondos al Exterior con el propósito de ocultar su enriquecimiento ilícito. Procede la apertura de la averiguación, trátese de un funcionario propiamente dicho o de uno de los individuos asimilados a los funcionarios públicos en la Ley de Salvaguarda. El envío de dinero al

exterior puede ser hecho por el propio funcionario o por persona interpuesta. En uno y otro caso, la investigación debe realizarse.

La potestad investigadora de la Contraloría General no reconoce límites en toda el área del sector público. Así se desprende del artículo 25 de la Ley de Salvaguarda, conforme al cual el órgano contralor tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público. Tiene, pues, la Contraloría poderes de investigación y fiscalización que se extienden a toda la Administración Nacional Central, a los Institutos Autónomos, a los Estados, a los Municipios, a las sociedades en que el Estado tenga participación decisiva y a las fundaciones cuyo patrimonio se haya constituido al menos en un cincuenta por ciento por aportes del Estado, o que hayan sido fundadas o dirigidas por el sector público. En todos esos organismos y entidades la Contraloría podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias. Es, pues, potestativo de la Contraloría General, la apertura de las investigaciones que a su propio juicio fueren necesarias.

V

Determina la Ley de Salvaguarda, entre los deberes y atribuciones del Ministerio Público, los que conciernen a la responsabilidad civil de los funcionarios, por daños causados al patrimonio público. Recordemos que la Constitución de la República en el ordinal 5º del artículo 22, incluye, entre otras atribuciones del Ministerio Público, la de intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios. El numeral 1 del artículo 31 de la Ley de Salvaguarda confiere al Ministerio Público, en armonía con el precepto constitucional citado, la misión de ejercer las acciones a que hubiere lugar para hacer efectivas, entre otras formas de responsabilidad, la civil en que hubieren incurrido los funcionarios públicos y demás individuos asimilados a ellos por las disposiciones de la citada ley. Como antes dijimos, es el Ministerio Público el órgano del Estado dotado de competencia para ejercer ante el Poder Judicial, las acciones conducentes a obtener la reparación de los daños causados al patrimonio público por el dolo o culpa de los funcionarios. El ejercicio de cualquier otra acción ante los tribunales competentes, en defensa de los intereses patrimoniales de la República corresponde al Procurador General. Excepcionalmente, tratándose de hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios, el ejercicio de las acciones incumbe, como hemos afirmado, al Ministerio Público.

No estará obligado el Ministerio Público a ejercer las acciones civiles en demanda de la indemnización debida a la Administración, cuando reciba el resultado de las investigaciones hechas por la Contraloría referentes a los daños causados a ésta por dolo o culpa de funcionarios. El Ministerio Público analizará ese expediente y se formará su propio criterio acerca de los hechos averiguados.

Además, de conformidad con lo previsto en el numeral 6, artículo 31 de la Ley de Salvaguarda, el Ministerio Público deberá solicitar de los cuerpos policiales o de los tribunales competentes, la realización de las averiguaciones pertinentes para completar las actuaciones y recabar los elementos que faltaren en los expedientes que reciba de la Contraloría General, a los fines de decidir por sí mismo acerca de la procedencia del ejercicio de la acción civil contra las personas que hubiesen sido investigadas por el órgano contralor. Si el Ministerio Público, hecho el examen de esos elementos complementarios, llegare a la conclusión favorable a la procedencia de la acción civil, deberá intentar ante el tribunal competente la demanda dirigida a obtener la reparación del daño causado.

VI

La Ley Orgánica de Salvaguarda consagra su Título V al enriquecimiento ilícito y al procedimiento para la restitución al patrimonio público, de los bienes objeto del enriquecimiento.

Se entiende por enriquecimiento ilícito el aumento evidente y no justificado, de los bienes de un funcionario público durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación. No es necesario comprobar determinados actos, hechos u omisiones dolosos o culposos causantes del expresado incremento patrimonial, para dar por demostrado el enriquecimiento ilícito. Al Ministerio Público le bastará demostrar las circunstancias objetivas del notorio aumento de bienes durante las épocas señaladas, y corresponderá al funcionario la prueba de la licitud del enriquecimiento.

Hay importantes diferencias entre la normativa sobre el enriquecimiento ilícito contenida en la antigua Ley contra el Enriquecimiento de Funcionarios o Empleados Públicos, y las reglas referentes a esa misma materia que trae la novísima Ley de Salvaguarda. En primer lugar, el lapso durante el cual se examina el enriquecimiento se extendía en el texto anterior a sólo el año siguiente a la cesantía, y en cambio, en el nuevo texto legal, se extiende a los dos años siguientes a la cesación

en el desempeño de cargos. Por otra parte, en la ley anterior el enriquecimiento ilícito no era delito, y por lo tanto, su única sanción consistía en la pérdida de los bienes objeto del enriquecimiento, en tanto que en la Ley de Salvaguarda se erige en delito el enriquecimiento ilícito, y habrá de ser penado, conforme al artículo 66 de la citada ley, con prisión de tres a diez años. Finalmente, según los términos de la ley antigua, en los casos de enriquecimiento ilícito, si la sentencia fuere condenatoria, los bienes objeto del enriquecimiento pasaban en todo caso a propiedad de la nación; en la nueva ley, el artículo 47 dispone más juiciosamente que en el caso expresado de sentencia condenatoria los bienes que constituyen el enriquecimiento pasarán a ser propiedad de la *entidad afectada, cuando se le ha producido un perjuicio económico*, y en los demás casos ingresarán a la hacienda pública nacional.

Según lo ordenado en la Ley de Salvaguarda, incurre en enriquecimiento ilícito el funcionario o empleado público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen de sus posibilidades económicas.

La notoriedad del auge patrimonial del funcionario durante el tiempo señalado, es factor esencial en el concepto del enriquecimiento ilícito.

Para hacer el análisis comparativo del patrimonio del funcionario al tiempo de su ingreso a la función pública y en la época de cesación en el ejercicio de funciones públicas, la ley impone a todos los funcionarios y a los individuos asimilados a ellos, la obligación de hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el desempeño de sus empleos o funciones públicas.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a la Ley de Salvaguarda, se tomarán en cuenta: 1. La situación patrimonial del investigado; 2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3. La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento; 4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguna de las entidades estatales a que se refiere la ley.

Comprobado el aumento notorio de patrimonio, incumbe a la persona investigada o enjuiciada, demostrar la licitud de ese aumento. Con

tal finalidad podrá acreditar la percepción de ingresos diferentes de los sueldos o remuneraciones asignados al cargo. Por ejemplo, podrá probar, si ese fuere el caso, haber recibido durante la época señalada, donaciones, herencias o legados, o rentas producidas por bienes propios, o ganancias fortuitas, o provenientes de la enajenación de bienes que se hayan revalorizado en el lapso comprendido entre una y otra declaración jurada. Podrá también la persona investigada o enjuiciada probar la moderación de sus gastos.

La Contraloría está en la obligación de investigar la sinceridad de las declaraciones juradas de patrimonio, de estudiarlas y de cotejar la declaración presentada en el momento de la cesación con la que hubiere sido formulada en la época del ingreso.

Cuando del estudio de las declaraciones juradas de patrimonio, de la denuncia que formulare el Ministerio Público o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría General, apareciere que se han cometido hechos presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría General acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar todas las diligencias encaminadas a demostrar los referidos hechos.

La Contraloría General deberá oír a la persona sometida a investigación, para lo cual se la citará. Si no pudiere ser citado personalmente, se le citará por medio de un cartel, que se publicará por la prensa.

Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito o cualquiera de los otros delitos contra la cosa pública, la Contraloría solicitará del Fiscal General que intente las acciones penales y civiles correspondientes.

VII

Resta examinar la competencia de los tribunales que han de conocer de las acciones que intenten los representantes de la Administración para hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios.

Sería lógico que los tribunales penales conocieran única y exclusivamente de las acciones dirigidas, a hacer efectiva la responsabilidad civil nacida de la penal, en los casos en que los representantes de la Administración ejerzan la acción civil junto con la penal en los juicios de esta última especie; y que en los demás casos, especialmente, cuando se trate de exigir la reparación de daños y perjuicios sufridos por el pa-

rimonio público no provenientes de delito, la demanda de la entidad afectada debería ser intentada ante los tribunales de la jurisdicción civil, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, ha sido diferente el sistema consagrado por el legislador.

En efecto, el Título VII de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público crea una jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada así: a) por los tribunales superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público; b) por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que ejercerán las funciones de juzgados de Primera Instancia *en esta materia*, conforme lo determine el Ejecutivo Nacional (Art. 81). Además, el artículo 84 *eiusdem*, comprendido en ese mismo título, dispone que los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en materia de Salvaguarda, instruirán, conocerán y decidirán en primera instancia “los juicios a que se refiere la presente ley”, con excepción de aquellos previstos en el ordinal 1º del artículo 82 *eiusdem*. La excepción está constituida por los juicios penales que se sigan contra senadores y diputados, ministros, magistrados de la Corte Suprema y otros altos funcionarios, de los cuales conocen en primera instancia los tribunales superiores de Salvaguarda, y en segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Como se ve, los artículos 81 y 84 *eiusdem*, atribuyen a los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en materia de Salvaguarda, la atribución de decidir en primera instancia en los juicios a que se refiere la mencionada ley, sin distinguir entre acciones civiles o penales, ni entre juicios civiles o penales. Toda la competencia en materia de salvaguarda está, pues, legalmente atribuida a los tribunales mencionados. Por lo tanto, aun tratándose de reclamaciones de daños y perjuicios, fundadas en lo ilícito civil, la acción debe ser intentada ante los jueces penales de primera instancia a quienes el Ejecutivo Nacional atribuya competencia en materia de salvaguarda.

EL ILICITO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA

1. *Consideraciones generales*

Después de las numerosas incidencias parlamentarias y políticas, el ciudadano Presidente de la República puso el "cúmplase" a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esta ley ha levantado numerosas expectativas, pues se espera que ella ponga fin a la corrupción administrativa o, al menos, que ella sirva de instrumento indispensable para combatir ese flagelo social.

Las normas legales, sin duda alguna, son medios de cambio social. Ellas pueden favorecerlos si se acompañan de otras medidas que faciliten las reformas o transformaciones sociales. El delito es un hecho social que tiene que ver con la responsabilidad personal del delincuente y con las condiciones sociales en que éste desarrolla su personalidad. Pensar, como lo sostienen algunos criminólogos, que el delincuente es un producto de la sociedad capitalista y que es ésta, y no el delincuente, el único culpable del delito, constituye más un alegato político que una tesis científica. Recientemente un diario capitalino tituló una información proveniente de Moscú en la siguiente forma: "No se puede caminar por calles en la noche —Las ciudades rusas tomadas por el hampa, según el más alto funcionario judicial de la URSS". En esta noticia se recoge la opinión del Procurador General de ese país de que el castigo por robo de vehículos y robos a baja escala, debería ahora ser más severo y se recuerda la campaña lazada por el nuevo líder soviético Yuri Andropov contra la corrupción y la delincuencia" (véase *El Universal*, del 8 de enero de 1983, p. 3-A). ¿Qué les parece? ¡Corrupción administrativa en la Unión Soviética!

Además, exonerar de culpas al delincuente para incriminar a la sociedad es un alegato que contribuye a rebajar la responsabilidad moral de las personas en la búsqueda de una transferencia de culpas y a estimular, en cierta forma, la producción del delito, porque en definitiva la única culpable es la sociedad que nos castiga.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público representa un esfuerzo serio para combatir enérgicamente un mal, que no sólo afecta el patrimonio nacional y la moral pública, sino que corroe los valores mismos sobre los cuales se fundamenta el sistema democrático. La grandeza de un sistema político descansa en los valores que representa. Y la democracia, como ningún otro, levanta su grandeza en los valores éticos de los demócratas. De allí la necesidad de analizar el fenómeno de la corrupción administrativa en toda su dimensión y no utilizarlo ni como bandera político-electoral ni como caza de brujas, ni como un instrumento puramente represivo para combatir los efectos, pero dejando intactas las causas del fenómeno.

La corrupción administrativa, como toda expresión delictual, responde a un hecho personal que compromete la responsabilidad individual del autor del hecho. El hombre es un ser moralmente libre, capaz de elegir entre distintas alternativas y la escogencia de una de ellas significa una elección ética que compromete la responsabilidad personal. Pero no hay que olvidar que esa libertad suele estar condicionada por ciertas condiciones sociales o económicas que limitan y hasta impiden ese poder de elegir entre varias alternativas. De allí nace la importancia de estudiar la corrupción administrativa no sólo como fenómeno jurídico sino también como fenómeno social.

Varios son los factores que han contribuido a que el fenómeno de la corrupción administrativa adquiriera la gravedad que actualmente se le reconoce. El primero, y posiblemente uno de los más importantes, es una cuestión de valores y creencias. Históricamente se ha considerado que el ejercicio de la función pública es ocasión para el enriquecimiento ilícito. Y como ese enriquecimiento no ha tenido ni sanción penal ni sanción social, esa creencia se ha fortalecido en el espíritu de algunos venezolanos. Si a ese factor histórico se añade el espíritu de lucro, y de lucro exagerado, derrochador y nuevorriquista que estimula la posesión de bienes de fortuna sin importar su origen, y esa creencia de que con el dinero se puede hacer de todo, se configura un cuadro social que es preciso modificar en su escala de valores para hacer que la corrupción administrativa baje a porcentajes insignificantes.

Pero hay otro factor que es necesario tener presente y que actúa como estímulo a la corrupción. Me refiero a la concepción venezolana del Estado interventor. Cada vez que el Congreso o el Ejecutivo Nacional establece un nuevo control sobre las actividades de los particulares y ese control se materializa en autorizaciones administrativas o en inspecciones o fiscalizaciones, esas alcabalas administrativas se convierten en pretextos para que algunos funcionarios soliciten o reciban gratificaciones pecuniarias. Esas jaurías que se lanzan a la calle pueden producir, como en efecto así suele suceder, numerosas mordidas a los atemorizados ciudadanos. Esto no quiere decir que el Estado venezolano tenga que renunciar a su función de velar por el mantenimiento del orden económico y social. Lo que hay que revisar es esa multiplicidad incoherente de controles, que nada controlan, y que son ocasión propicia para el soborno y la compra de conciencias. Aunque parezca exagerado decirlo, se puede afirmar que esa concepción venezolana del intervencionismo estatal ha sido una causa importante del aumento de la corrupción administrativa. Si a esta causa añadimos lo exiguo de la remuneración que recibe la mayoría del funcionariado público, se comprenderá mejor el panorama que tenemos que despejar. Recuerdo que en el Ministerio de Justicia se hizo un análisis del monto de los sueldos de los funcionarios y el resultado fue que el 80 por ciento de esos empleados devengaban remuneraciones menores a Bs. 3.000,00 mensuales. Ciertamente que la baja remuneración no es ni puede ser una excusa para la corrupción administrativa pero explica una situación. Una persona que se encuentra asediada por necesidades vitales está más propensa a caer en la tentación que aquella que no tiene esas necesidades. Hay, pues, que hacer un esfuerzo para llevar a la Administración Pública los mejores técnicos y los mejores funcionarios, pero también hay que pensar que mientras no se remunere mejor al funcionario no pueden esperarse cambios profundos en la Administración Pública.

Por último, hay otro factor que no puede pasar desapercibido. Me refiero a la protección política y partidista que han recibido muy altos funcionarios y que les garantiza una cierta inmunidad política y penal. Mientras esta protección subsista, la lucha contra la corrupción administrativa será una causa sin aliento y careta infame y dañina.

Los partidos políticos tienen que adoptar la norma de conducta de no interferir las investigaciones penales o administrativas que se hagan y sancionar al militante, cualquiera que sea su importancia política, con la suspensión o la expulsión. Estas medidas le dan fortaleza al sistema democrático y prestigio a sus instituciones.

No puedo dejar de mencionar aquí la aptitud de Luis Piñerúa Ordaz, que afrontando graves riesgos políticos y partidistas ha levantado la bandera de la honestidad y de la corrección. Gestos como este no pueden pasar desapercibidos en una sociedad que destaca lo negativo sobre la labor constructiva y limpia de hombres que han hecho de sus vidas un camino encumbrado de penosas tareas.

2. *El ilícito administrativo*

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público sistematiza la materia relativa a la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en el Título IV denominado: "De la responsabilidad administrativa y civil".

Pero, ¿qué es la responsabilidad administrativa? Este concepto requiere de alguna precisión. En principio, la responsabilidad de la Administración Pública no es otra cosa que la aplicación particularizada del principio constitucional de que nuestro sistema político tiene, entre otras características la de ser responsable (Art. 3º de la Constitución).

Cuando la Administración Pública actúa puede causar daños a los particulares y esa actuación compromete su responsabilidad patrimonial que se materializa en el pago en dinero de una indemnización. Esta responsabilidad suele denominarse más propiamente responsabilidad civil de la Administración Pública. Esta obligación de reparar el daño nace no sólo cuando la Administración actúa ilegalmente sino incluso cuando actúa legalmente. Por ejemplo, si la Administración Pública priva de un bien a un particular mediante el procedimiento expropiatorio, este acto, no obstante ser legal, origina un pago a título de indemnización.

La Constitución venezolana en el artículo 46 y en el ordinal 5º del artículo 220, usa la expresión responsabilidad administrativa para designar uno de los tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos. El artículo 46 dispone que los funcionarios y empleados públicos que ordenen o ejecuten actos, que violen o menoscaben los derechos constitucionales, incurren en responsabilidad civil, penal y administrativa. Luego el artículo 220, cuando describe las atribuciones del Ministerio Público, dispone que este organismo intente "las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones" (ordinal 5º). Este último artículo identifica la responsabilidad administrativa con la responsabilidad disciplinaria. No obstante esta identificación cons-

titucional, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria tienen ámbitos distintos. La responsabilidad administrativa es el género, pues cualquier infracción en que incurra la Administración Pública o alguno de sus funcionarios o empleados, compromete la responsabilidad personal del funcionario. Igualmente cuando los particulares incumplen los deberes que las leyes les imponen frente a la Administración, su conducta tipifica un ilícito administrativo y, por tanto, se hacen acreedores a una sanción administrativa. En cambio, la responsabilidad disciplinaria, que es una especie de la responsabilidad administrativa, sólo se origina cuando un funcionario o empleado público, en ejercicio de una función o empleo público, viola la ley que regula sus atribuciones y deberes. La responsabilidad disciplinaria nace de la especial relación que se establece entre la Administración Pública y sus funcionarios o empleados. La organización administrativa se rige por el principio jerárquico. Esto es, que la Administración necesita que las órdenes emitidas por los órganos superiores se ejecuten por los órganos inferiores. Esta relación de subordinación tiene sus límites. La llamada obediencia debida no puede ser entendida como el cumplimiento mecánico e irreflexivo de las órdenes superiores. Si la orden es manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes, el funcionario se puede negar a cumplirla (Art. 46 de la Const.). La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, considera que es una orden manifiestamente contraria a la ley la que imparta un funcionario superior para el “pago, uso o disposición indebidos de los fondos u otros bienes de que sea responsable” el funcionario inferior. La eximente de la obediencia debida es improcedente, a menos que el funcionario que recibió la orden “compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida” (Art. 37). En relación a los Ministros la situación es distinta. Los ministros son responsables de sus actos —dice el artículo 196 de la Constitución— “aun en el caso de que obren por orden expresa del Presidente”. Esta norma quiere decir, que un Ministro no puede salvar su responsabilidad alegando y probando que ha actuado en cumplimiento de una orden presidencial, aun cuando esta orden no sea manifiestamente inconstitucional o ilegal. En consecuencia, los Ministros no pueden alegar, como causa eximente de responsabilidad, la obediencia debida.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público sólo regula el ilícito administrativo cuando el sujeto activo de la infracción es un funcionario o empleado público. El artículo 32 de dicha ley establece que “El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una

disposición legal o reglamentaria". El ilícito administrativo no es otra cosa que una tipificación especial de lo ilícito. "Lo ilícito como concepto contrario al ordenamiento jurídico en general —dice el profesor Tulio Chiossone—, representa un punto de partida para la fijación de criterios en lo que respecta a lo ilícito en derecho civil, penal o administrativo. Lo ilícito es lo contrario al derecho, o el exceso o abuso del mismo" (véase *Sanciones en Derecho Administrativo*, UCV, Caracas, 1973, p. 43). La responsabilidad administrativa de los funcionarios se deriva, pues, de actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. Esa conducta configura una violación a uno de los deberes que la Ley de Carrera Administrativa impone a los funcionarios, como es el de "cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos y los diversos actos administrativos que deban ejecutar" (ordinal 8º del artículo 28).

Las infracciones a la ley o al reglamento por parte de un funcionario público están castigadas con sanciones distintas por la Ley de Carrera Administrativa, por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. La Ley de Carrera Administrativa castiga al funcionario público con las sanciones disciplinarias siguientes: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del cargo y destitución (Art. 58). La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo sanciona "con multa entre el cinco por ciento (5%) y el cincuenta por ciento (50%)", de la remuneración total correspondiente al mes en que cometió la infracción, según la gravedad de la falta (Art. 100). A la vez que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público sanciona con distintas multas la conducta ilegal del funcionario (artículos 35, 36, 39, 49, 41 y 42). ¿Este concurso de sanciones obliga a aplicar acumulativamente todas esas sanciones o el funcionario es responsable por separado de cada una esas sanciones? La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público acoge la solución de que se puede castigar con distintas sanciones un mismo acto que viole diversas disposiciones administrativas. Como el Ministerio Público tiene a su cargo velar por la legalidad administrativa, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público le confiere las siguientes atribuciones: a) La de ejercer las acciones para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Esa responsabilidad disciplinaria está regulada principalmente por la Ley de Carrera Administrativa; b) La de velar por la aplicación de las sanciones administrativas y disciplinarias que sean procedentes, y c) La de intentar la acción civil de cobro de las multas administrativas impuestas por la Contraloría General de la República como con-

secuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa. Por tanto, un mismo acto o hecho puede dar origen a que el superior jerárquico de un organismo administrativo disponga la destitución del funcionario o la imposición de la multa prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y al mismo tiempo la Contraloría General de la República le imponga una multa por encontrarse el funcionario comprendido en alguno de los supuestos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El profesor Enrique Silva Cimma sostiene una opinión contraria. Según este profesor, en el campo de la mera responsabilidad administrativa se sostiene otro principio, en el de que "la conducta funcional de un empleado, una vez que se materialice en una contravención, sea merecedora de una sanción y no más" (*La función pública*, ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1978, p. 87). Por su parte, el profesor Tulio Chiossone sostiene la tesis de que a un mismo acto o hecho generador de responsabilidad administrativa se le pueden aplicar distintas sanciones. "En este caso —dice Chiossone— no se acumulan las dos sanciones, sino que es responsable de ellas por separado" (*ob. cit.*, p. 55).

Dentro del espíritu de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público resulta lógico sostener que un mismo acto, hecho u omisión contrarios a derecho puede generar un cúmulo de sanciones administrativas y disciplinarias. Resultaría incongruente que a un funcionario a quien la Contraloría General de la República haya declarado culpable administrativamente por corrupción y le haya impuesto una multa, el órgano administrativo competente no le aplique la sanción disciplinaria de destitución por el mismo hecho que ha perjudicado o dañado el patrimonio público.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público consagra también el principio de la independencia de las responsabilidades. Dice el artículo 32 de la ley: "La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil". Este principio está ratificado en otros artículos cuando reafirma que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil. Dice el artículo 35, que "incurren en responsabilidad administrativa, además de la responsabilidad penal y civil, los funcionarios...". Y el artículo 36 dice: "Incorre también en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pueda corresponderle...". También el artículo 57 dice que "Ningún procedimiento administrativo o de

cualquier otra naturaleza impedirá el ejercicio de la acción penal y de la civil que de ella se derive”.

La independencia de responsabilidades significa que un mismo hecho, acto u omisión puede dar origen a un cúmulo de responsabilidades, porque cada uno de ellos tiene un fundamento y una finalidad distintos. En efecto, un mismo hecho o acto puede configurar un ilícito administrativo y la Administración tiene necesidad de sancionar disciplinariamente ese hecho o acto. Pudo también ese hecho o acto haber producido un perjuicio material o moral a la Administración Pública y ésta tenga necesidad de obtener una adecuada reparación del daño sufrido. Y, por último, puede que este hecho o acto esté tipificado penalmente como delito. Cada una de estas formas de ilicitud tiene su propia sanción. El ilícito administrativo, que comprende también el ilícito disciplinario, tiene como sanción la multa, la amonestación, la suspensión del cargo y la destitución. El ilícito civil tiene como sanción el pago de una indemnización pecuniaria. Y el ilícito penal se le sanciona con una pena privativa de libertad. Esto explica que se puedan seguir distintos procedimientos sin que ninguno de ellos pueda dar lugar a una excepción de prejudicialidad. Por tanto, se puede iniciar una averiguación administrativa y se puede concluir con la correspondiente sanción sin que el proceso penal o civil, que también pudieron abrirse, influya en él.

3. *Procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios*

El órgano competente para determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos es la Contraloría General de la República. En este aspecto aparece clara la diferencia entre la responsabilidad administrativa, que es el género, y la responsabilidad disciplinaria, que es la especie. Sólo el superior jerárquico, en virtud del poder disciplinario de que está investido, puede imponer sanciones disciplinarias. Es por eso que la ley orgánica del máximo organismo contralor dispone, que firme “la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos” se deben pasar “al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonablemente la sanción administrativa que corresponda” (Art. 84). Esta ley habla de “sanción administrativa” cuando ha debido decir “sanción disciplinaria”. Este sistema se explica por el principio constitucional de la división de los poderes y por la facultad disciplinaria que tiene el superior jerárquico. La Contraloría General de la República

ejerce el control externo de la Administración Pública y es órgano auxiliar del Congreso de la República. Y, por tanto, no forma parte de la Administración Pública. Igualmente como el Contralor no es el superior jerárquico de los funcionarios y empleados públicos no puede ejercer el poder disciplinario sobre ellos. Para evitar que la Administración Pública haga caso omiso del requerimiento contralor para que al funcionario se le aplique una sanción disciplinaria, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público atribuye al Ministerio Público competencia para ejercer la acción a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria (numeral 1 del artículo 31).

La competencia de la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios, deriva del artículo 82 de su ley orgánica y del artículo 27 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. El auto de culpabilidad administrativa es causal de destitución (ordinal 5º del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa). No obstante, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público amplía la competencia de la Contraloría a todos los funcionarios y empleados públicos. En efecto, la ley orgánica del organismo contralor somete a responsabilidad administrativa a los "funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades" sometidas al control de la Contraloría (Art. 81). En cambio, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público hace extensiva la responsabilidad administrativa a todo funcionario o empleado público que ejecute o realice actos, hechos u omisiones contrarios a derecho (Art. 32).

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público reafirma el principio de que la Contraloría General de la República "tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público". A estos efectos —dice el artículo 25— la Contraloría "podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias en los organismos y entidades que se mencionan en el artículo 4º", de esa ley. Estas averiguaciones forman parte de la gestión ordinaria de la Contraloría, pero ellas pueden dar origen a la iniciación o apertura de un procedimiento administrativo para determinar la culpabilidad administrativa de aquellos funcionarios, que al violar la ley causan un daño al patrimonio público.

La apertura del procedimiento administrativo lo acuerda de oficio la Contraloría por auto motivado, cuando de las inspecciones y fiscalizaciones preliminares surjan indicios de que se ha cometido un acto

violatorio de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (Art. 25). También el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio por la Contraloría cuando ha habido denuncia de un particular. Pero esta denuncia no obliga a la Contraloría a actuar, a menos que los hechos denunciados tengan una razonable veracidad. Por último, el procedimiento administrativo se puede iniciar también a petición de un funcionario o empleado, que desee que la Contraloría determine su responsabilidad administrativa o a petición del Congreso o de alguna de sus comisiones.

Iniciado el procedimiento administrativo, la Contraloría pasa a la fase de sustanciación, es decir, debe reunir "los elementos de juicio, declaraciones, experticias e informes que estime necesarios para esclarecer la verdad de los hechos" (Art. 83 de la Ley Orgánica de Contraloría). Si en el curso de esta fase aparecen indicios contra alguna persona —dice el artículo 83—, la Contraloría le ordenará que comparezca dentro de los diez días continuos a la fecha de la citación. En la oportunidad de la comparecencia se le toma declaración y se le impone de los cargos en su contra. Nada dice la ley orgánica del organismo contralor sobre la oportunidad para que el indiciado pueda presentar su escrito de descargo y de promoción de pruebas. Si al indiciado no se le permite ejercer esos elementales derechos de defensa, el procedimiento administrativo puede ser declarado nulo por violar el derecho constitucional de la defensa.

Concluida la fase de sustanciación, la Contraloría puede declarar el sobreseimiento de la causa, la absolución del indiciado o la responsabilidad administrativa del funcionario. La decisión que se produzca se debe publicar en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* (Art. 28 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

Si de este procedimiento administrativo surgen indicios de responsabilidad civil o penal, la Contraloría debe enviar el expediente al Fiscal General de la República para que ejerza la acción civil y la penal, a fin de hacer efectivas estas responsabilidades (Art. 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría y ordinal 1º del Art. 31 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

Transcurridos los treinta días, contados a partir de la notificación a la máxima autoridad del correspondiente organismo administrativo, sin que se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor General de la República debe solicitar al Fiscal General de la República que requiera de la Administración la imposición de la

pena disciplinaria. De la decisión que adopte la Administración, ya sea de sancionar o de absolver al funcionario, pueden recurrir el Ministerio Público y el propio afectado por ante los tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa (Art. 29 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

Este artículo 29 de la Ley de Salvaguarda confiere una nueva atribución al Tribunal de la Carrera Administrativa, que es la de determinar la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos, a petición del Fiscal General de la República. Es posible que la Administración Pública considere que los hechos que produjeron la declaración de culpabilidad administrativa, por parte de la Contraloría no son suficientes o son inaptos para acordar una sanción disciplinaria y el Fiscal General de la República, por su parte, estima que la falta administrativa está probada y, por tanto, la Administración ha debido acordar la sanción disciplinaria correspondiente. El recurso de nulidad se ha de fundamentar en el alegato de ilegalidad del acto por razón de los motivos. La ley ha previsto ciertas circunstancias de hecho para que el acto administrativo disciplinario se produzca. Si, por ejemplo, se encuentra probado —a criterio del Contralor y del Fiscal— el perjuicio material grave al patrimonio público causado intencionalmente o por negligencia manifiesta y la Administración Pública no procede a destituir al funcionario, fundamentándose en el ordinal 3º del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa, el juez examinará los hechos y determinará si ellos son suficientes o aptos para determinar la absolución acordada por la Administración. Si la apreciación de los hechos que hizo la Administración para absolver al funcionario está ajustada a derecho, el juez declarará sin lugar el recurso. Pero si los motivos de hecho invocados en la decisión no tienen el valor que se les atribuye, el juez declarará la nulidad.

4. Conclusiones

Indudablemente que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público constituye un aporte jurídico valioso en la lucha contra la corrupción administrativa. Ese instrumento, de marcado acento represivo, no es suficiente por sí solo para producir los efectos que la opinión pública espera de ella.

Una política de prevención hay que instrumentarla inmediatamente, a fin de borrar la creencia generalizada de que los bienes públicos son una suerte de bienes baldíos o bienes de nadie que todo el mundo puede

tomar. Una programación educativa, a todos los niveles, en la que se forme a la persona en la consideración de que los bienes públicos son efectivamente de todos, pero que tienen que ser utilizados en beneficio de la comunidad y no en beneficio particular.

Hay que reforzar el sentido ético de la población para que rechace socialmente a quienes han sido culpables de delitos contra la cosa pública. No es posible continuar considerando como una persona digna de admiración a aquel que se enriqueció a costa del erario público.

Hay también que desmontar el ídolo adorado del dinero. Este medio económico no puede convertirse, como en efecto se ha convertido, en un fin, que hay que atesorar por las buenas o por las malas.

Hay que evitar también las tentaciones. Cada autorización administrativa o cada control sin fiscalización efectiva es un estímulo a la corrupción. Hay que eliminar la mayor parte de los controles que inciden negativamente en la moral pública. Y, por otra parte, hay que iniciar una política salarial en el sector público que sincere las remuneraciones.

Y, por último, que las investigaciones administrativas o penales no sean obstaculizadas por factores partidistas. Más bien los partidos políticos deben adoptar la norma de conducta de suspender o expulsar, según el caso, a aquellos de sus militantes que estén incurso en responsabilidad administrativa o penal.

Sólo me queda desear que esta ley, tan discutida y tan esperada, tenga una aplicación imparcial. Que ella no sirva para cobrar enemidades políticas o para perseguir adversario de otras tendencias. Si esta ley no recibe una aplicación racional, justa e imparcial, se causará al país un perjuicio mayor que el causado por la corrupción administrativa.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

S U M A R I O

PRIMERA PARTE

I. *INTRODUCCION.* 1. Características generales. 2. Oportunidad histórica en la que la Ley es dictada. 3. Previsiones positivas sobre su eficacia. 4. Previsiones en contra.

II. *ENFOQUE GENERAL DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.* 5. Concepto de responsabilidad. a) Valor semántico; b) Sentido popular; c) Elementos que la califican. 6. Responsabilidad jurídica. a) Sanción en el sentido amplio; b) Deber. 7. Independencia y acumulación de responsabilidades. 8. Responsabilidad no jurídica. 9. Tipos de responsabilidad en la Constitución vigente derivados del ejercicio del Poder Público. 10. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal. 11. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivadas del hecho ilícito. 12. La pena. 13. Violación de la norma administrativa.

III. *NATURALEZA DE LA SANCION ADMINISTRATIVA.* a. Criterio cuantitativo; b. Criterio cualitativo; c. Tesis de James Goldschmidt; d. Tesis de Zanobini.

IV. *PROBLEMATICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. SU UBICACION EN LA SISTEMATICA JURIDICA.* 14. Determinación de su origen en el Derecho Canónico. 15. Origen en el Derecho Civil. 16. Origen del Derecho Administrativo.

V. *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.* 17. Notas específicas. 18. Responsabilidad disciplinaria. 19. Pena disciplinaria y pena criminal. 20. Potestad disciplinaria. 21. Nuevo enfoque del derecho sancionador de la Administración y de la responsabilidad administrativa.

SEGUNDA PARTE

VI. *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.* 22. Responsabilidad administrativa y disciplinaria. 23. Origen de la responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda. a. Faltas establecidas en la Ley de Salvaguarda; a-I. Supuestos relativos a la violación

de reglas de buena administración; a-II. Faltas relativas a la declaración de bienes. 24. Criterios para determinar la existencia de los supuestos constitutivos de la falta. 25. La responsabilidad administrativa en el régimen de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la nueva ley. 26. El problema del cúmulo de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad disciplinaria. 27. La discrecionalidad de la Contraloría General de la República en la determinación de la responsabilidad administrativa.

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCION

El tema que me corresponde tratar es el de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Como estamos entre personas estudiosas del derecho público sabemos que el deber fundamental de todo el que actúa en tal campo es el de mantenerse en los límites de su competencia, sin excederla, sin abusar de ella. Desbordarla tiene el demérito en estos ciclos de conferencias con múltiples exponentes, de que se invaden temas asignados a otros, incurriendo en un vicio moral que es el de hacer que la exposición ajena pierda la novedad y consiguientemente el interés. De allí que deba ceñirme a la materia que me fue asignada; pero indudablemente que para hacerlo he de plantear los elementos básicos que la circundan.

1. *Características generales*

El análisis que hemos de hacer se refiere a la Ley de Salvaguarda, cuya cédula de identidad dice lo siguiente:

Nombre: Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Fecha de nacimiento: Sancionada el 2 de diciembre de 1982. Promulgada el 18 de diciembre de 1982. Publicada el 23 de diciembre de 1982. Fecha de vigencia: 1º de abril de 1983.

Género: Orgánica. Esto es, una categoría particular de leyes que según el artículo 163, segundo aparte de la Constitución, tiene la característica de que las "leyes que se dicten en las materias reguladas por ella" se someterán a sus disposiciones.

Objetivos: 1. Impedir, perseguir y reprimir el enriquecimiento ilícito y los restantes delitos contra la cosa pública. 2. Hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria de los funcionarios sometidos a ella.

Fin que la ilumina: a) Proteger el patrimonio público, impidiendo todo gasto ilegal, inútil y perjudicial, esto es, una forma de tutela de los bienes públicos que va más allá de la legalidad formal; b) Reafirmar los principios de probidad administrativa entendidos no sólo como probidad en el obrar sino también como obediencia a los principios de buena y sana administración.

Medios para obtener los fines: 1. Preventivos. Cuyo mecanismo más notorio es la declaración jurada de patrimonio. 2. Represivos. Las sanciones penales y las administrativas.

2. *Oportunidad histórica en la que la ley es dictada*

Si se tratara de una carta astral se podría decir que ella nace cuando coinciden en el firmamento de la realidad política, una serie de sucesos vinculados con su objetivo y reveladores de la insuficiencia del sistema vigente para regularlos, y de la necesidad de un nuevo régimen o espíritu que ilumine a los administradores de nuestro patrimonio, son ellos:

a) El desmoronamiento del más importante banco del Estado motivado por la mala gestión de sus administradores, permitida, consentida o soportada impunemente por sus contralores.

b) La reducción de nuestros ingresos derivado de la caída de los precios del petróleo, de la limitación de los niveles de producción en este campo y del fantasma de la deuda externa.

3. *Previsiones positivas sobre su eficacia*

a. El hecho de que ella surge del consenso de los partidos políticos para fijar una normativa más severa que la existente.

b. El hecho de que ella atiende a la conciencia de la colectividad que exige que cese la impunidad de los delitos contra la cosa pública.

4. *Previsiones en contra*

a. La Historia con mayúsculas. Las múltiples leyes que antecedieron a la presente. El pesimismo que nos acosa cuando se sabe que las normas *sí las había*, que fue el *sistema* el que no funcionó.

b. Las dos grandes incógnitas:

1. La jurisdicción especial establecida, con todos los riesgos que ella implica y, el haber partido de una base endeble al no haberse es-

tablecido un régimen más seguro para la determinación de la idoneidad de los jueces que la integrarán: el concurso de oposición.

2. La discrecionalidad de la Contraloría General de la República, sobre todo en el campo de la aplicación de las sanciones administrativas, discrecionalidad que no es *técnica*, sino pura y simple discrecionalidad administrativa.

II. ENFOQUE GENERAL DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Para enfocar la materia relativa a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad disciplinaria, hemos de analizar la noción misma de la *potestad disciplinaria*, esto es, el problema del llamado Derecho Disciplinario, y por ello, más que exposición analítica del derecho positivo, nuestro estudio ha de dirigirse hacia la Teoría General del Derecho, fuente inagotable para el conocimiento de las normas, para la verdadera formación y comprensión del Derecho.

Al efecto, la realidad actual nos dice que un gobernador ordena el arresto de varios periodistas, que un juez dicta una medida análoga en relación con un abogado litigante.

Vemos así a funcionarios de un Estado de Derecho disponiendo de la libertad de los sujetos, de la libertad, que es el supremo bien, después de la vida, que consagra y tutela la Constitución, con el autoritarismo con que podría hacerlo un funcionario que actuara en un período anterior a la Revolución Francesa. ¿Qué se está aplicando, el Derecho Penal o el Administrativo?, ¿o se está en esa esfera intermediaria que se denomina Derecho Disciplinario? Para entender toda la problemática que surge al respecto y que obviamente se conecta con nuestro tema específico, por cuanto en la Ley de Salvaguarda hay sanciones administrativas que en definitiva pueden resultar limitativas de la libertad, es necesario hacer previamente una serie de consideraciones generales. Veamos ante todo qué es responsabilidad, qué es sanción, qué tipos de responsabilidad administrativa existen en la esfera de las disciplinas jurídicas.

5. *Concepto de responsabilidad*

a) *Valor semántico*

La palabra RESPONSABILIDAD es uno de los términos más usados tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje corriente. Su valor

semántico es el de: Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Carga u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.

b) *Sentido popular*

La acepción vulgar del vocablo en nuestro medio identifica responsabilidad con la idea de la seguridad que ofrece un sujeto de dar cumplimiento a sus deberes, y así, se dice que alguien es responsable para indicar que atiende a sus obligaciones. Esto quiere decir, que el significado usual del término entre nosotros, invierte los valores jurídicos, ya que se usa el calificativo "responsable" para expresar una condición positiva del sujeto al cual se le atribuye.

c) *Elementos que la califican*

La responsabilidad es calificada por distintos elementos, en forma tal, que se habla de responsabilidad para aludir a la imagen que las generaciones futuras tendrán de determinados eventos o personajes; de responsabilidad profesional como sinónimo de buena reputación en el desempeño de una actividad, aludiendo así a la seriedad de un técnico o experto en el cumplimiento de las tareas que asume, y de responsabilidad moral para indicar la posición de un sujeto frente a su propia conciencia.

Estos calificativos colocan, sin embargo, al término dentro de un ámbito extrajurídico, a diferencia de otras expresiones que sí caen de lleno en el campo del Derecho, porque implican consecuencias jurídicas, así las que aluden a: responsabilidad política; responsabilidad administrativa; responsabilidad disciplinaria; responsabilidad civil y responsabilidad penal.

6. *Responsabilidad jurídica*

Cuando entramos en el campo del Derecho, la responsabilidad se presenta como una consecuencia desfavorable de una conducta determinada.

a) *Sanción en el sentido amplio*

Sanción, por su parte, es cualquier medio del cual el legislador se valga para asegurar la eficacia de una norma. Ante la anterior no-

ción cabe preguntarse si responsabilidad y sanción son términos que indican una misma cosa; si toda sanción implica responsabilidad y si toda responsabilidad entraña una sanción.

Entre ambos conceptos puede anotarse una diferencia sutil, justamente la que existe entre lo que está en potencia y lo que está en acto. Responsabilidad sería lo potencial; sanción la consecuencia objetivada; por ejemplo, será responsabilidad civil, el estar sujeto a indemnizar patrimonialmente al lesionado; será sanción, el pago de una suma precisa. El ejemplo anterior nos revela también que la diferencia es análoga a la existente entre lo abstracto y lo concreto. La responsabilidad, es la sujeción a la consecuencia desfavorable que pueda derivar para un sujeto de su acción u omisión que le sea imputable; la sanción, es la pena o la reparación individualizada, cualquiera que sea su naturaleza.

Cuando decimos que la responsabilidad es el sometimiento de un sujeto a las consecuencias desfavorables que deriven de una conducta que le sea imputable, utilizando este último término en sentido kelseniano, estamos aludiendo a una serie de supuestos básicos, tales como al hecho de que sujeto de la responsabilidad es todo ente dotado de personalidad jurídica, tanto persona física como moral.

En efecto, la responsabilidad por su concepto mismo, el de ser un estado subjetivo, una determinada posición jurídica, no puede ser atribuida sino a un sujeto de derecho, esto es, a una persona en sentido jurídico. Igualmente, deriva de tal afirmación, que las consecuencias recaerán sobre el sujeto, bien por haber realizado u omitido una acción, o bien porque se le atribuya por su especial condición jurídica.

b) *Deber*

Con mayor tecnicismo podríamos decir que la responsabilidad deriva del incumplimiento de un deber, si por deber entendemos la conducta (activa u omisiva) impuesta por el ordenamiento. Es conveniente señalar que el deber puede ser hacia alguien determinado que posea frente al mismo un interés jurídicamente protegido, lo cual hace surgir el concepto de obligación. El deber puede ser hacia un destinatario abstracto no preciso, como lo es la colectividad social. Estos últimos deberes son los que se refieren a las normas penales, así como los que corren a cargo de la Administración Pública. Se dice que la violación de estos deberes no lesiona un interés protegido por el ordenamiento sino que atenta contra el ordenamiento mismo.

7. *Independencia y acumulación de responsabilidades*

De un solo hecho es posible que deriven distintas consecuencias desfavorables para un mismo sujeto. De un acto ocasionado con intención de dañar (dolo) puede desprenderse para su autor la responsabilidad penal, la patrimonial, la disciplinaria.

Es conveniente señalar igualmente la situación contraria, esto es, la de que de un hecho derive sólo un tipo de responsabilidad, con prescindencia de las demás. De allí que convenga enunciar la regla con toda claridad en el sentido siguiente: de un mismo hecho pueden derivar diferentes responsabilidades, lo cual no implica que siempre sea así, ya que tal hecho puede ser simplemente la fuente de alguna de ellas específicamente, con prescindencia de las demás.

Es el anterior el llamado "principio de la independencia de cada tipo de responsabilidad frente a los restantes", enunciado en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en su artículo 32, respecto a la responsabilidad administrativa frente a la responsabilidad civil y penal. Del anterior deriva, igualmente, el de "acumulación de la responsabilidad".

Excluyendo la responsabilidad ética, hemos ya señalado que de un hecho pueden derivar las otras responsabilidades enunciadas que son de naturaleza jurídica. ¿Qué las diferencia? Hemos indicado que un hecho único puede ser generador de muchas responsabilidades de naturaleza jurídica. La Constitución venezolana vigente, en forma reiterada las enuncia. Partiendo de la premisa antes indicada de que un solo hecho puede ser generador de varias responsabilidades, es indudable que la diferencia entre ellas no puede derivar de la naturaleza del hecho, porque éste puede ser siempre el mismo. La diferencia, se ha dicho, estriba exclusivamente en las modalidades de la sanción, porque cualquier esfuerzo que se haga por encontrarla en razones sustanciales ha sido siempre insatisfactorio.

8. *Responsabilidad no jurídica*

Finalmente, la responsabilidad moral es ajena al derecho, porque ella pertenece exclusivamente a la relación del hombre con su conciencia. Ella nace y se agota en el plano de los valores y de allí que se refiera a su vida interior. La responsabilidad moral es propia de los entes dotados de subjetividad, ya que es la posición del yo interno frente a los imperativos categóricos que exigen su cumplimiento, fuera de cualquier consideración contingente de conveniencia.

9. *Tipos de responsabilidad en la Constitución vigente derivados del ejercicio del Poder Público*

La Constitución enuncia las responsabilidades jurídicas que surgen con motivo del ejercicio del Poder Público, señalando así en el artículo 46 a la responsabilidad penal, a la civil y a la administrativa. El artículo 220, ordinal 5, por su parte, al enunciar las atribuciones del Ministerio Público, señala como una de ellas, el intentar acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones. En su oportunidad analizaremos las antes mencionadas disposiciones constitucionales; pero por el momento lo que nos interesa es la circunstancia de que se mencionan como responsabilidades de quienes ejercen funciones públicas a la responsabilidad civil, la penal, la administrativa y la disciplinaria. Las dos últimas se encuentran enunciadas, en tal forma, que se crea la duda de si ambas aluden a una misma noción o si se trata de dos figuras distintas. En efecto, el citado ordinal 5º del artículo 220, no dice responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria, esto es, no usa la conjunción copulativa, sino que emplea la "o", que bien puede sugerir que se trate de una nueva denominación de un mismo concepto. De todas maneras, la cuestión planteada no es simplemente de redacción, sino que se trata de un problema conceptual.

10. *Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal*

La responsabilidad patrimonial o civil es la que recae sobre el patrimonio, sobre los bienes del sujeto responsable, por cuanto su función es esencialmente resarcitoria o compensatoria. La responsabilidad penal implica el establecimiento de una pena, por cuanto la ofensa que el delito produce no tiene resarcimiento en sí misma.

11. *Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivadas del hecho ilícito*

La doctrina se plantea la eventual diferencia que existe entre la responsabilidad penal derivada del delito y la responsabilidad civil o patrimonial derivada del hecho ilícito. Al efecto, se comenzó por considerar que la diferencia radicaba en la naturaleza de la norma violada: el delito, se señalaba, viola normas de derecho público, y el hecho ilícito viola normas de derecho privado. Ahora bien, sabida lo tenue que es la diferencia existente entre las dos indicadas categorías jurídicas

enunciadas, resulta evidente que ella no puede ser un sólido fundamento de la distinción que se trata de establecer.

Para otros, la diferencia se encuentra en el hecho de que la voluntad del Estado es violada mediata o inmediatamente, respectivamente, en cada una de las hipótesis antes indicadas. Otra posición se basó en la circunstancia de que el hecho ilícito civil carece de culpa, mientras que el delito es siempre doloso o culposo; pero tal posición es desechable por errónea, ya que el hecho ilícito civil requiere para su tipificación del elemento subjetivo de la culpa (salvo la hipótesis del riesgo que es considerado por algunos como una noción extraña al núcleo mismo del concepto analizado). Otra distinción se funda en la consideración de que el ilícito civil lesiona intereses patrimoniales, en cuanto que el penal lesiona intereses no patrimoniales; pero hay delitos que lesionan intereses patrimoniales y por el contrario, el daño moral puede ser ocasionado por el ilícito civil. La naturaleza del daño ha sido, igualmente, usado como criterio de la diferencia, señalándose que el hecho ilícito civil produce un daño reparable, mientras que el delito es irreparable. Ahora bien, hay hechos ilícitos civiles que no son reparables, y delitos que sólo lesionan el patrimonio. Es falaz, igualmente, la diferencia que considera que el delito turba la tranquilidad pública y crea alarma, mientras que el hecho ilícito civil causa simplemente daños individuales, así como la que se basa en un elemento cuantitativo, al decir que en el delito hay una mayor peligrosidad, una ofensa mayor que en el hecho ilícito contra los intereses de la comunidad. En efecto, hay delitos que no turban a la sociedad y actos ilícitos que sí la conmueven (el accidente de tránsito fortuito donde hay muchos lesionados), e igualmente, existen delitos que no implican peligrosidad en su agente o autor.

Ahora bien, la imposibilidad de encontrar una distinción sustancial entre las distintas responsabilidades jurídicas nos obliga a buscarla en las consecuencias que de ellas derivan, esto es, en la sanción, comprendida en la totalidad de sus elementos, esto es, en la represión misma, en la forma como se realiza y en la autoridad que la aplicó.

En lo que toca a la responsabilidad penal, su sanción es la *pena*; teniendo las otras responsabilidades diferentes consecuencias.

12. *La pena*

¿Qué es la pena? La pena criminal es el castigo, palabra que indica el dolor, sufrimiento que viene infringido a quien viola un deber

legalmente establecido. No se desea con ella obtener un resarcimiento porque no es esta su función ni puede obtenerse con ese medio tal fin, sino que la misma tiende a producir un dolor, un reducción patrimonial respecto al autor de la violación. La pena criminal es una sanción pública porque es impuesta por el Estado y por eso se presenta con dos características esenciales: 1) el órgano que la aplica es la autoridad judicial, y 2) la forma como viene aplicada es el proceso judicial, el proceso penal. De allí, que la pena criminal es definida como la sanción aplicada por el órgano jurisdiccional mediante proceso.

Cada vez que un acto es castigado con una pena, allí hay un ilícito penal. Todo delito es un acto penalmente ilícito; pero no todo acto ilícito es un delito. Los actos ilícitos previstos en el Código Penal son delitos, pero hay otros cuya tipicidad se encuentra en otros textos, como es el caso de los tipos delictuales contemplados en materia de quiebra en el Código de Comercio.

Sociológicamente, delito es un hecho contrario al bien común, perjudicial a la sociedad, pero jurídicamente el hecho es delito por estar castigado con una pena mediante un proceso. Los términos delito, pena y proceso, son rigurosamente complementarios, en forma tal, que excluido uno, no pueden subsistir los otros. No hay delito sin pena, y no hay proceso ni pena sin delito.

13. *Violación de la norma administrativa*

Hasta ahora hemos visto dos claras consecuencias de la comisión de un hecho ilícito: una consecuencia civil, que es la reparación del daño causado o su compensación; la consecuencia penal, que es la sanción aflictiva. ¿Cuál va a ser la consecuencia de la violación de una norma administrativa? El derecho positivo nos dice que la misma bien puede ser la obligación de resarcir el daño, aun cuando tal no sea la función esencial del sistema, o bien, el establecimiento de una pena.

Es aquí donde surge la duda, de si al aceptarse la aplicación de la pena por violación de los deberes administrativos, se está aceptando en bloque que la sanción administrativa sea una sanción penal y que quede encuadrada en una disciplina particular, aun cuando derive del Derecho Penal, al cual se le denomina Derecho Penal Administrativo. Veamos en qué forma la doctrina ha reaccionado ante la naturaleza de la sanción administrativa.

III. NATURALEZA DE LA SANCION ADMINISTRATIVA

Para diferenciar la falta administrativa del delito, se alegan razones *cuantitativas* y *razones cualitativas*.

a. *Criterio cuantitativo*

Las razones cuantitativas se fundan en el grado o *quantum* del ilícito: un grado menor, es la falta o contravención sometida al Derecho Administrativo; un grado mayor, es el delito sometido al Derecho Penal. Este criterio choca contra dos circunstancias que impiden su admisión: 1) ¿Quién mide la magnitud de la falta?, y en todo caso, ¿lo mide el daño?; ¿lo mide la gravedad de la acción?; finalmente, ¿lo mide la naturaleza del interés lesionado? 2) Hay sistemas en los cuales un mismo hecho puede constituir una falta administrativa al mismo tiempo que un delito. Lo anterior lo hemos visto transformado en principio, en el llamado *cúmulo de responsabilidades*, el cual aparece en la propia Ley Orgánica de Salvaguarda.

b. *Criterio cualitativo*

1. El delito penal pertenece contemporáneamente al derecho natural y al derecho positivo. La violación administrativa (de policía, de finanzas) no violaría ningún derecho natural sino sólo intereses artificialmente creados por la ley, constituyendo así un ilícito de mera creación política. Ejemplo: sacar dinero al extranjero, ¿qué es? Si no hay prohibición al respecto, es un acto lícito; pero si hay un control administrativo, su violación es una falta.

2. El delito penal constituye la violación de un derecho subjetivo. El delito administrativo es la ofensa a un interés general o bien un simple peligro o amenaza para un derecho subjetivo. Se dice que el mismo implica un *peligro abstracto*.

Para algunos autores como Binding, en el derecho de policía, basta con la posibilidad abstracta del peligro.

El delito penal constituye la violación o la amenaza de un bien jurídico subjetivo.

El delito de policía o fiscal contiene sólo una desobediencia a una norma, a un imperativo administrativo.

3. Otto Mayer basa la diferencia en la que existe entre norma jurídica y norma de cultura. No contrapone Mayer norma jurídica a la

ley punitiva ni la norma de cultura a la norma jurídica. Norma jurídica no es una orden dirigida por el legislador a los súbditos sino imperativos dirigidos por el Estado a los funcionarios. Las normas jurídicas no son conocidas por el público. Las normas de cultura son normas sociales, religiosas, etc., que constituyen cánones que conforman el patrimonio cultural del pueblo.

Las normas jurídicas son simplemente sancionatorias y hay algunas que no coinciden con las normas culturales, porque imponen deberes que no derivan de ninguna categoría de normas sociales diferentes de las jurídicas, sino que son de pura creación legislativa. Son ellas las normas de Derecho Penal Administrativo, respecto a las cuales el autor citado afirma, que siendo normas de cultura no pertenecen al Derecho Penal.

c. *Tesis de James Goldschmidt*

Para este autor la posición del hombre en la sociedad es dual: posición de individuo y posición de socio o miembro de la sociedad.

En el delito penal hay una violación de la ley. En el delito administrativo hay una contravención a una obligación positiva que el ciudadano tiene frente a la Administración como miembro que es de la sociedad y, en consecuencia, parte de tal Administración.

El delito administrativo no es un delito de daño, un daño emergente, sino un delito de falta o carencia de beneficio, un lucro cesante: la falta al deber de colaborar con la Administración, esto es, con el bien social.

De allí que, mientras los delitos de Derecho Penal se cometen con una acción, los administrativos son todos delitos de omisión.

Los delitos administrativos se dividen en tantas categorías como materias administrativas existen: delitos de policía, fiscales, postales, ferroviarios, sanitarios, ecológicos, etc.

Goldschmidt estima que los ciudadanos, en cuanto sujetos a las normas de Derecho Penal Administrativo no son voluntades libres, personalidades verdaderas y propias, sino órganos de la administración de la sociedad humana y, en consecuencia, las normas de conducta en las leyes administrativas se presentan para los mismos, no como normas jurídicas sino como órdenes de servicio, como instrucciones, similares a las que la Administración dirige a los funcionarios públicos. Incluso, por tal razón, el Derecho Penal Administrativo se distingue del Dere-

cho Penal Común. Al efecto, el Derecho Penal Común es consecuencia de la violación de una norma jurídica, en cuanto que el Derecho Penal Administrativo es la consecuencia de la inobservancia de una norma administrativa. Normas jurídicas son las que establecen las sanciones de las obligaciones administrativas y en ello el Derecho Penal Administrativo se distingue del Derecho Disciplinario, en el cual son internas y no jurídicas tanto las normas preceptivas como las normas sancionatorias, punitivas. La crítica fundamental a esta tesis la hace Zanobini, dirigiéndola a la noción del ciudadano como colaborador del Estado en el cuidado del bienestar social, ya que alega que tal posición no tiene correspondencia con la situación actual de la sociedad. La misma podría corresponder a un régimen de socialismo de Estado pero no es aplicable a uno inspirado en los principios liberales e individualistas de la Revolución Francesa, como era el de los Estados de Europa en el tiempo en el cual Goldschmidt escribía, y como lo son actualmente los imperantes en casi todos los países occidentales. Por otra parte, se le critica al mencionado autor su noción de los delitos de omisión, ya que la mayoría de las faltas administrativas están constituidas por la violación de las normas de policía que imponen abstenciones u omisiones a los particulares, y por ello, su violación es una acción, no una omisión.

d. *Tesis de Zanobini*

Zanobini rechaza la validez de todas las doctrinas que diferencian en forma sustantiva la sanción penal de la administrativa; pero estima que su formulación esconde un fundamento de verdad. Al efecto, los autores que distinguieron entre delitos y contravenciones administrativas, no inventaron tal distinción sino que la tomaron del derecho positivo y de una larga tradición histórica, que desde los tiempos más antiguos llega hasta la Revolución Francesa. Su error fundamental fue el de no haber convenientemente apreciado el alcance decisivo de las innovaciones que se operaron en este campo de la legislación del siglo XIX. Ya en los tiempos del derecho romano se distinguía entre las penalidades que se aplican por inobservancia de deberes de policía y las derivadas de delitos. De los delitos se respondía ante el juez penal y el pueblo; de las transgresiones de policía, solamente ante los magistrados, que imponían en sus edictos los relativos deberes de policía. Cada magistrado tuvo el poder de conminar o de aplicar las penas de policía en los límites de la propia competencia: los pretores lo ejercieron por medio de los interdictos, los magistrados mediante sus edictos. Los expertos en la materia indican que existía la posibilidad de acu-

mular sanciones penales y sanciones administrativas, lo cual indica que ambas eran distintas. En el derecho germánico las penas por las transgresiones de policía o fiscales, así como de otros deberes frente a la autoridad administrativa, se vinculan íntimamente al derecho de dictar bandos. Era esta la forma como se desarrollaría el poder real en el mando del ejército; más tarde, al ampliarse la competencia del rey, el bando fue el medio ordinario del cual éste se sirve para regular a la administración, desde la conscripción militar a las finanzas, la policía y la religión. Las reglas dictadas por el rey en sus bandos, aun cuando emitidas en forma general, eran órdenes administrativas, por cuanto el rey no podía hacer leyes y su soberanía no iba más allá de las funciones administrativas. En los límites de tales funciones, al poder de emanar tales órdenes singulares o generales, podía también asegurar su acatamiento con la amenaza de una pena. Tales multas no tuvieron ni en sus orígenes ni posteriormente el carácter de una sanción de una norma jurídica, sino del castigo por la desobediencia a una orden administrativa. Este carácter se aprecia en la forma que asumieron los bandos, ya que los mismos constaban de una serie de órdenes dirigidas en forma directa a los súbditos, y tal serie de órdenes terminaba siempre con la comunicación de la multa, para el caso de observancia, como una fórmula ejecutiva del acto: *Si quis contra hoc decretum fecerit, bannum nostrum, id est solidos persolvat.*

Este carácter fue conservado por el bando al entrar a regir el régimen feudal. El derecho de dictar órdenes administrativas se extendió del príncipe a los señores feudales: en relación con los mismos, el carácter del bando como sanción del deber del vasallo hacia el señor se afirmó para la defensa de las órdenes de policía, y de los intereses públicos, pero también para la defensa de los intereses propios del señor. Durante todo el antiguo régimen hasta llegar a la Revolución Francesa, el carácter de sanción administrativa no desapareció.

Más tarde, en el sistema comunal, el derecho de imponer bandos pasa de las autoridades mayores de las comunas al "podestá" (alcalde). Al llegar la Revolución Francesa, una gran cantidad de contravenciones pasan del cuadro de las sanciones administrativas al de las represiones penales; la legislación revolucionaria imprimió esta característica en forma decisiva y definitiva a la casi totalidad de las contravenciones. Los códigos penales contienen, además de los delitos, las faltas por transgresión o contravención de reglas de policía. El Código francés del año IV y el de 1810 comprendían los crímenes, los delitos y las contravenciones. El Código Penal austríaco de 1803 constaba de dos

partes: una, para los delitos, y otra, para las graves transgresiones de policía, y análogo contenido tuvieron los códigos de Bavaria y de Prusia y el sardo-italiano de 1859.

IV. PROBLEMATICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. SU UBICACION EN LA SISTEMATICA JURIDICA

La problemática del Derecho Disciplinario surge al implantarse el régimen constitucional, por cuanto su régimen, que había sido hasta entonces pacífico, tropieza con un inesperado obstáculo conceptual, y es el siguiente:

1. Existe como dogma el principio de la separación de los poderes. 2. La sanción disciplinaria implica un juicio criminal. 3. La actuación del Poder Ejecutivo es entonces una intromisión en el ámbito del Poder Judicial.

La doctrina señala, al efecto, que es así como surge el problema capital, que aún sigue gravitando pesadamente sobre toda la construcción dogmática del Derecho Disciplinario: el de sus relaciones con el Derecho Penal. El problema implica, a su vez, las siguientes consecuencias:

1. Si la sanción disciplinaria es penal, debe estar sometida al principio de legalidad.

2. Si el procedimiento es penal, debe estar en manos de un juez de tal jurisdicción.

3. Tanto la acción como la pena estarán sometidas al Derecho Penal, a sus modalidades de extinción, etc.

En los estudios de la legislación del siglo XIX, e incluso en épocas anteriores, existe una separación entre el régimen disciplinario y el régimen penal, y ello está presente tanto en el Código prusiano de 1794, en Alemania, como en las Reales Ordenes del 31 de julio de 1834, y del 27 y 30 de julio de 1836, en España. De allí que, si bien muchos tratadistas, entre ellos Hauriou en Francia, sin analizar detenidamente la cuestión, dan por sentado que el Derecho Disciplinario tuvo sus orígenes en el Derecho Penal, y que ambas disciplinas son indisolubles; sin embargo, tal afirmación no tiene su base en la realidad.

14. *Determinación de su origen en el Derecho Canónico*

Otros autores, al intentar derivar el Derecho Disciplinario de otro derecho tradicional, hipotizaron que el mismo tuvo su origen en el Derecho Canónico.

Se dijo que en el Derecho Canónico se llaman preceptos disciplinarios a todos los que no tienen naturaleza dogmática. En el ámbito de las competencias consistoriales se distinguen tres esferas: la doctrinaria, la ceremoniaria y la disciplinaria, expresión esta última que alude al mantenimiento de una vida ordenada por parte de los miembros de la Iglesia. Otto Mayer estima que las sanciones disciplinarias se corresponden con las *poenae* medicinales del Derecho Canónico.

15. *Origen en el Derecho Civil*

Laband es uno de los tratadistas que han intentado separar al Derecho Disciplinario del Derecho Penal, partiendo de los siguientes postulados:

1. De acuerdo con la corriente dominante, el Derecho Disciplinario es el Derecho Penal de los funcionarios y la infracción disciplinaria es una variedad de delito penal, siendo, en consecuencia, el procedimiento disciplinario una especie de proceso penal; de allí, que las sanciones disciplinarias operan como complemento de las penas criminales.

2. La consecuencia de lo anterior acarrea graves problemas sin solución, entre ellos el del *ne bis in idem*, que es acogido por el legislador, por lo cual resulta dogmáticamente inexplicable afirmar la sustancia penal del Derecho Disciplinario.

3. Ante los obstáculos conceptuales se busca la relación entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Civil, y se le encuentra en el hecho de que el primero es la consecuencia de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder. Lo decisivo es que las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionatorio público del Estado sino en la supremacía de servicio funcional, esto es, en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores. Vista en la forma anterior, la sanción disciplinaria no es una pena en el sentido del Derecho Penal, sino un medio para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar el cumplimiento de los deberes oficiales.

4. En las relaciones contractuales, cada parte tiene una acción frente a la otra para exigir el cumplimiento o una indemnización por el incumplimiento. En las relaciones de servicio, en lugar de la exigencia, lo que aparece es una orden, y en el lugar de la acción, lo que aparece es una coacción, y el Poder Disciplinario no es sino el derecho de ejercitar tal coacción.

De allí que, si bien la esencia del Derecho Disciplinario es la relación contractual, no puede equipararse con el sistema del Derecho Civil, ya que el Estado no está en situación de igualdad con los ciudadanos, puesto que puede actuar directamente contra ellos sin necesidad de acudir a los tribunales, pidiendo que sean éstos quienes apliquen las sanciones o indemnizaciones, sobre todo, por el hecho de que el incumplimiento del funcionario no puede ser tasado en dinero.

Esta tesis es común a todos los que ven en la relación de empleo una relación contractual. En Italia la tesis fue seguida por Pacinotti, Ranelletti y Presutti, pero justamente de la misma escuela italiana partirá su crítica más severa. En Francia, donde era axiomática la naturaleza contractual que tiene la relación de empleo público, se dio la misma explicación a la potestad disciplinaria.

16. *Origen del Derecho Administrativo*

A pesar de que Laband llega a la concepción privatista, su punto de partida es el que da fundamento a la corriente administrativa. Recordemos que para el mismo, la relación funcionario-Administración, se basa en dos elementos: a) relación contractual; b) relación de poder.

La corriente administrativa minimiza el primer elemento cuando surge la tesis estatutaria y refuerza el segundo, en forma tal, que el Derecho Disciplinario pasa a ser el Derecho sancionador del Estado, sobre quienes se encuentran sometidos a una relación especial de servicio o poder y, en tal forma, está clara su separación e independencia del Derecho Penal.

La tesis administrativa se basa esencialmente en la constatación de que en el Derecho Disciplinario los sujetos se encuentran sometidos a una relación especial, distinta a la de los demás ciudadanos.

La relación de poder es el presupuesto fundamental de toda relación disciplinaria, que se expone así:

1. En una relación privada de servicios, el particular ha de acudir al juez para conseguir del empleado el cumplimiento de sus obligaciones; en cambio, si media una relación de poder, sea de naturaleza pública o privada, se puede acudir directamente a la coacción, mediante sanciones disciplinarias.

2. La figura, sin embargo, permanece en el marco de una relación contractual.

Otto Mayer, independiza la relación de la figura del contrato por estimar que el Estado puede sancionar más allá del marco contractual, señalando al efecto: a) la relación de servicio implica una fidelidad y una devoción especiales; b) la contravención no es sólo un desorden que se ha de reprimir, sino que ese hecho aislado tiene una importancia mucho mayor, porque de él pueden inferirse conclusiones acerca de la existencia de sentimientos que no están de acuerdo con la indicada exigencia fundamental; c) no le conviene al poder público tener malos servidores, y por ello, debe reaccionar contra la persona en falta, mediante penas.

Santi Romano le da a la tesis de Mayer una mayor consistencia dogmática, estimando que la relación especial de subordinación, que es distinta de la relación de soberanía, es la noción principal de la cual depende la relación disciplinaria.

Hoy en día, tanto penalistas como administrativistas, estiman que el Derecho Disciplinario se refiere a quienes se encuentran ligados a un ente por una relación especial de poder.

V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

17. *Notas específicas*

Afirmada la naturaleza administrativa del derecho de sanciones de la Administración y su autonomía de la potestad punitiva, ella se presenta así como la que deriva de la transgresión de cualquier tipo de deber administrativo; que opera frente a la Administración y comporta sanciones que han de ser aplicadas por la autoridad administrativa mediante un procedimiento de la misma índole. Lo característico de la responsabilidad administrativa estará en los siguientes elementos: 1. El deber frente a la Administración. 2. La autoridad que aplica la sanción es administrativa. 3. El procedimiento y la sanción aplicados son igualmente administrativos. En lo que atañe al deber violado, el mismo afecta el interés de la Administración, la esfera de los principios que ella tutela y desarrolla. Digamos que la Administración como tal, es la titular de los intereses que han sido afectados por el administrado; ella se presenta, en consecuencia, como directamente lesionada por la violación del deber. De allí, que se trata de un interés tutelado por la Administración en relación con el cual existe un deber de un particular que el mismo ha violado, lesionando el interés.

El deber puede ser general, esto es, propio de todos los administrados, común a todos los ciudadanos, como serían los relativos a la policía, a las cargas fiscales, a las disposiciones de protección del ambiente, etc. En tal caso, el infractor es un ciudadano cualquiera, sin ningún vínculo específico con la Administración.

18. *Responsabilidad disciplinaria*

Por el contrario, el deber puede ser propio de determinados sujetos que tienen un vínculo o situación jurídica particular con la Administración. La relación Administración-administrado, es la de la subordinación de éste, frente a la supremacía de aquélla, por lo cual la relación, en tal caso, se denomina *posición de supremacía especial*. La violación de los deberes de los administrados, que están frente a la Administración en esta situación particular, da lugar a una sanción que se denomina específicamente "sanción disciplinaria". Esta situación de supremacía especial se manifiesta cuando se dan las siguientes condiciones: 1) relación específica entre un administrado y una Administración; 2) esta relación implica la existencia de un vínculo de cierta permanencia o estabilidad; 3) la Administración no sólo se encuentra frente al particular en la situación de preeminencia que caracteriza todas sus relaciones, sino que la misma se refuerza por la especial naturaleza del vínculo que le da mayores facultades de vigilancia y control a la Administración sobre la conducta del administrado, a lo cual se denomina "potestad disciplinaria".

La diferencia que emerge de la naturaleza del deber, distinguido en la forma que antecede, ha dado lugar a la existente entre responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria. Se señala así, que la responsabilidad administrativa es la que se crea por la violación de esos deberes genéricos que cualquier particular tiene frente a la Administración; en cuanto, que la responsabilidad disciplinaria es la que deriva de las relaciones de supremacía especial de la Administración sobre sujetos determinados que se encuentran en una relación particular con ella.

La responsabilidad disciplinaria no es más que una consecuencia de la relación especial de supremacía, que no sólo tiene tal manifestación sino que se revela también en el poder de la Administración de emanar normas internas, en el poder de dar órdenes, en el poder de establecer sanciones.

19. *Pena disciplinaria y pena criminal*

Las anteriores nociones conceptuales llevan a distinguir así a la pena disciplinaria de la pena criminal, con las siguientes notas:

1. Las penas disciplinarias se aplican con independencia de las criminales.

2. A diferencia de la acción penal, el transcurso del tiempo no extingue la posibilidad de la Administración Pública de hacer uso del poder disciplinario, esto es, no hay prescripción ni caducidad de la potestad disciplinaria, justamente porque ella tiene tal carácter (carácter de potestad), a menos que el legislador en forma expresa, y en atención a la especial naturaleza de la situación, establezca un lapso para su ejercicio.

3. Las sanciones disciplinarias no constituyen una actividad jurisdiccional y ello está demostrado por la circunstancia de que son aplicados por la Administración misma que es la agraviada, a diferencia del poder jurisdiccional que no puede ser ejercido por la misma persona ofendida en sus derechos.

4. No existe en el ámbito del poder disciplinario el principio del *nullum crimen sine lege poenali*. El poder disciplinario se ejerce aun cuando no exista una ley. Muchas veces culpa y sanción deben ser determinados por la misma Administración en la valoración del caso concreto. A favor de esta desvinculación del principio de la *reserva legal absoluta*, se señala, que si el poder de sancionar pertenece al ámbito de la función administrativa, ésta tiene también el de regular autónomamente su ejercicio, en consideración al interés público, estableciéndose como único límite, el respeto de los principios generales del derecho. Se señala que, indudablemente, si el poder está legislativamente regulado, la Administración deberá atenerse a tal regulación; pero, en ausencia de notas disciplinarias específicas, no desaparece la potestad de la Administración Pública de proceder al ejercicio del poder disciplinario. Ahora bien, la doctrina exige que por la naturaleza del poder disciplinario esencialmente punitivo, se garantice el mantenimiento de ciertos principios básicos para el individuo, a lo cual se denomina: "jurisdiccionalización del derecho disciplinario". Tales principios son: 1) Derecho de defensa; 2) Las llamadas garantías jurídicas (recursos administrativos y contencioso-administrativo); 3. El perdón disciplinario; 4) La motivación del acto de sanción; 5) La definición de las infracciones por textos legales o reglamentarios; 6) El establecimiento de es-

calas de penas y correlación entre pena e infracción. Algunos, incluso, llegan a pedir que el poder disciplinario adquiriera carácter jurisdiccional, atribuyéndosele a un tribunal dotado de autonomía orgánica y funcional. Esto es, se quiere que el Derecho Disciplinario siga el mismo camino que ha seguido el Contencioso-Administrativo.

20. *Potestad disciplinaria*

Podemos afirmar que el ámbito típico del poder disciplinario está en el empleo público y en el servicio público. Ahora bien, ¿qué hay de común en estas actividades? Ambas están caracterizadas por una actividad permanente y continua, desarrollada en el ámbito de la esfera jurídica del ente público. Están caracterizadas, también, por la supremacía especial a la cual aludíramos precedentemente.

Cada vez que exista transgresión de un deber inherente a un estado especial de sujeción, corresponde una sanción disciplinaria, sea ella prevista o no expresamente, sanción de la cual es elemento característico, el hecho de actuar contra el individuo, no como tal, sino como *titular del vínculo especial de sujeción* (estudiante, militar, funcionario).

Fueden así asignarse al poder disciplinario las siguientes notas: a) es una característica de la función administrativa en sentido sustancial; b) es una consecuencia, quizás la más resaltante de la *ejecutividad administrativa*, principio en virtud del cual los actos administrativos tienden y son idóneos a producir sus efectos una vez dictados por la Administración, sin necesidad de su homologación por parte de ningún otro poder o mediante ningún nuevo acto del Estado; c) corresponde a todo órgano que ejerza una función administrativa, cualquiera que sea el poder que dicho órgano ejerza. En tal sentido, cabe dentro de las funciones que la doctrina ha denominado como "neutras", esto es, aquellas que son iguales, cualquiera que sea el poder que las ejerza, tales como: la actividad interna de los órganos colegiados y la actividad instructoria.

21. *Nuevo enfoque del derecho sancionador de la Administración y de la responsabilidad administrativa*

Hoy en día se abre paso un nuevo enfoque de la potestad disciplinaria que supera las posiciones anteriores y observa que el poder correctivo de la Administración en las relaciones que dan lugar a la responsabilidad disciplinaria es cada vez menos importante frente a otras

medidas que ésta ha de ejercer (Giannini). Al efecto, se indica que en la sanción que se establece contra el hecho ilícito administrativo pueden predominar, de acuerdo con las circunstancias, dos diferentes elementos:

1. *Una circunstancia formal*, constituida por la inobservancia de un precepto.
2. *Una circunstancia sustancial*, consistente en la lesión o en el peligro de la lesión de algunos intereses.

De acuerdo con el hecho de que predomine cualquiera de los elementos en la aplicación del poder sancionador, se distinguen las siguientes situaciones:

1. La infracción es configurada como ilícito administrativo en el sentido de la construcción tradicional: la norma hace resaltar la infracción formal del precepto, a cuya verificación se dirige todo el procedimiento. La decisión tiene por objeto la determinación de la sanción correspondiente a la infracción verificada, y la sanción es exclusiva manifestación de la potestad punitiva. Se le aplican las nociones conceptuales del Derecho Penal con las necesarias adaptaciones que, en definitiva derivan de la menor gravedad de la infracción, respecto con la que es calificada como ilícito penal y que se compendian en un menor rigor formal de las disciplinas procesales y en una mayor discrecionalidad del que la aplica quien, por ser autoridad administrativa, no tiene la posición de independencia del juez.

2. El elemento formal de la infracción y el elemento sustancial de la lesión o eventual lesión de los intereses, están presentes por igual y ninguno de los mismos es dominante, pero la infracción no es un hecho ilícito: es violación del proceso de la ley y del proveimiento; es abuso: según el lenguaje de la práctica. Si el procedimiento conserva el carácter de verificación del abuso, la decisión tiene por objeto la sanción; ésta, aun cuando sea aflictiva, como toda sanción, no es sin embargo el ejercicio de una mera potestad punitiva sino que se dirige esencialmente a poner remedio a la perturbación de los intereses. Nos encontramos así con la revocación de la concesión, con el retiro de la autorización, con la disolución del consejo de administración, etc. Se trata de procedimientos que aún siendo sancionatorios son también ejecutivos.

3. En la tercera circunstancia el elemento formal pierde relevancia. El legislador se preocupa tan sólo de poner fin a la "perturbación de los intereses" (casos en los cuales es procedente la ejecutividad o la ejecutoriedad del acto).

En vista a las situaciones antes indicadas, tres son los tipos de procedimientos disciplinarios que el derecho positivo presenta.

A. *Procedimientos disciplinarios existentes en los grupos burocráticos* (dependientes civiles del Estado, entes públicos), en los cuerpos organizados (militares), en las órdenes y en los colegios profesionales, en los grupos de empresarios que constituyen o no ordenamientos organizativos (sindicatos y partidos políticos). Cada uno tiene su propia "disciplina", entendida como un cuerpo de reglas de deontología y, en consecuencia, su código de faltas disciplinarias. Muchas veces para los grupos burocráticos los reglamentos para el personal contienen normas que enumeran faltas con las relativas sanciones (penas disciplinarias); sin embargo, tales listas deben interpretarse siempre con referencia a las reglas deontológicas.

Las penas disciplinarias se distinguen en: a) penas morales como la censura, la amonestación, la amonestación simple, la amonestación solemne; b) penas sobre la situación jurídica, como la reducción o suspensión del sueldo, la suspensión del cargo, la suspensión del goce de prestaciones, las multas, los arrestos simples, los arrestos de rigor, la remoción de grado; c) penas expulsivas como el licenciamiento disciplinario, la expulsión, la cancelación del registro, la destitución.

B. *Procedimientos de contravenciones administrativas*. Se pueden reunir en este tipo todos los que aluden a los ilícitos administrativos conformados según el modelo de los delitos y las faltas. El ilícito administrativo tiene los mismos elementos constitutivos de tales delitos, sólo que su verificación es hecha por la autoridad administrativa y la sanción es siempre una pena pecuniaria que puede tener nombres diferentes y también características parcialmente diferentes.

C. *Casos en los cuales la sanción pecuniaria contiene un elemento resarcitorio de un daño que sufre la colectividad*. Por ejemplo, en la normativa sobre el ambiente se establece que quien altera las cosas debe reponerlas a su estado original.

SEGUNDA PARTE

VI. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

22. *Responsabilidad administrativa y disciplinaria*

Planteados los conceptos fundamentales relativos a las distintas formas que reviste la responsabilidad jurídica, cabe preguntarse qué tipo de responsabilidad, entre las que han sido enunciadas, establece la Ley de Salvaguarda. Al efecto, debe recordarse que para muchos, incluso para algunos de los miembros de la Comisión Bicameral Especial que revisó la ley, la misma debía denominarse Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Al efecto, dentro de los objetivos que el legislador enuncia como propios de este nuevo texto normativo se encuentra el de "hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella". De allí que la Ley es una norma reguladora de la responsabilidad penal del funcionario, ya que sustituye y, en consecuencia, deroga los delitos que el Código Penal establece respecto a estos sujetos. Es, al mismo tiempo, reguladora de la responsabilidad civil, aun cuando tal regulación no sea más que un señalamiento de principios, con remisión en forma genérica a la legislación especial. En lo que atañe a la responsabilidad disciplinaria y a la responsabilidad administrativa, la pregunta que surge de inmediato es la de, ¿qué diferencia establece la norma entre estos dos conceptos?, ¿están acogidos en ella las nociones diferenciales que hemos precedentemente enunciado y que son casi unánimes en la doctrina?

Repasando las nociones vistas y admitiendo al efecto las posiciones predominantes, la responsabilidad administrativa se presenta como el género que comprende la violación de deberes administrativos por parte de los administrados y que es verificada y decidida por vía administrativa; en cuanto que la responsabilidad disciplinaria es la que incumbe a sujetos conectados por un vínculo especial con la Administración y que se ejerce en base a la relación de supremacía específica que dicho vínculo crea. La Ley por su parte, si bien hace el enunciado que señaláramos y que figura en el artículo primero, sobre la aplicación de la responsabilidad disciplinaria, sin embargo, a lo largo de todo su texto sólo alude a la responsabilidad administrativa, estableciendo los supuestos que la generan, los procedimientos para su actuación y sus consecuencias. Aún más, de la omisión de la ley al referirse a la responsabilidad disciplinaria y de calificar como administrativa a

los casos que enuncia como tales y que corresponderían al concepto señalado de la indicada responsabilidad disciplinaria, ya que todos aluden a sujetos que están especialmente relacionados con la Administración por un vínculo particular y de cierta permanencia, debe concluirse que tal noción la reserva el legislador a la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos que deriva de su relación de empleo público y que contemplan particularmente la Ley de Carrera Administrativa y sus reglamentos.

Lo anterior resulta indudable si se estudia con detenimiento a la Ley en su contexto y se revisa el Informe de la Comisión Bicameral que le dio a dicha normativa su redacción definitiva. El legislador estima así que la responsabilidad administrativa es la que deriva para los sujetos sometidos a su ámbito, los cuales son los funcionarios de la Administración Pública en general y los administradores de empresas públicas en su más amplia acepción, como consecuencia de la violación de los deberes que ella les impone. La responsabilidad disciplinaria queda limitada a la que genera el régimen de la Ley de Carrera Administrativa.

Cabe preguntarse por qué el legislador hizo esta diferencia que resulta una posición aislada en la esfera de la doctrina que indudablemente no es desconocida ni mucho menos para los juristas que elaboraron el proyecto y revisaron posteriormente la ley sancionada. La respuesta a nuestro ver está en una triple razón: la primera, en la circunstancia de que se quiso mantener la terminología utilizada por la Ley Orgánica de Contraloría General de la República, la cual denomina como responsabilidad administrativa a la que es declarada por el organismo contralor. La segunda razón, de mayor peso conceptual, estaría en la circunstancia de que para algunos autores, sobre todo los que han sufrido la influencia del derecho francés, la responsabilidad disciplinaria sólo puede ser declarada por el órgano superior. Aún más, la potestad disciplinaria es uno de los elementos integrantes de la relación jerárquica y sólo puede ser ejercida por quien ostente esta última: la sanción disciplinaria la aplica el superior jerárquico y no un órgano externo de la Administración. En base a tal criterio es en el régimen sancionatorio a los funcionarios sometidos a ella que se encuentra la responsabilidad disciplinaria, por lo cual, otras responsabilidades que se verifiquen y declaren en sede administrativa serán denominadas responsabilidad administrativa.

La última de las razones sugeridas, la cual se desprende de la anterior, se encuentra en la circunstancia de que la responsabilidad es-

tablecida en la ley que analizamos, deriva directa o indirectamente de una falta contra el patrimonio público y su defensa y tutela, por lo cual no resulta exclusiva de los funcionarios de la Administración, sino que se extiende a cualquier funcionario público perteneciente a cualquier rama del poder público, así como a los empleados de las empresas públicas, esto es, puede recaer sobre sujetos que no están vinculados por una relación de jerarquía con una Administración y por ello mal podría caber dentro de esa noción de responsabilidad disciplinaria que se mantiene entre nosotros. En beneficio, en consecuencia de la extensión de la responsabilidad a funcionarios ajenos a la esfera de la Administración Central, que es donde opera por excelencia la responsabilidad disciplinaria, es que se habría continuado utilizando el término responsabilidad administrativa.

El régimen vigente hasta ahora sobre responsabilidad administrativa obedecía a nuestro ver, a la noción conceptual de que sólo el jefarca puede aplicar sanciones a los funcionarios de una organización administrativa y, en efecto, el organismo de control fiscal no aplicaba sanciones una vez declarada la responsabilidad, sino que la misma era dejada a los superiores jerárquicos del funcionario encausado. Ahora bien, el actual sistema establecido por la Ley Orgánica de Salvaguarda sí le atribuye a la Contraloría el poder de sancionar por sí misma, modificando así el criterio rígidamente sustentado al cual hemos hecho referencia. Parecía haberse creado una especie de potestad disciplinaria impropia, pero este es un problema que es mejor desarrollar en una forma particular, lo cual haremos en el próximo párrafo del presente estudio.

De allí que, cuando se haga referencia al derecho positivo venezolano, habrá que entender que la responsabilidad disciplinaria alude en el mismo al régimen de la Ley de Carrera Administrativa o a cualquier otro, en el cual exista un poder sancionador ejercido por los jefarcas sobre sus subordinados por motivo de la relación de servicio y, por responsabilidad administrativa a la que declara y sanciona la Contraloría General de la República.

Veamos ahora en qué consiste esta responsabilidad y cuáles son los supuestos que la generan.

23. *Origen de la responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda*

La responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda se origina por la comisión por parte de los funcionarios públicos o em-

pleados de la Administración Central, de los entes públicos tanto territoriales como institucionales, así como de los administradores y directivos de empresas públicas, de faltas que afectan al patrimonio público, entendiéndose por tal al conjunto de los bienes, acciones y derechos pertenecientes al Estado y a sus organismos descentralizados y empresariales.

Véase que hemos regresado sobre la distinción “funcionario” “empleado”, ya que estimamos que el primero de los términos alude a la condición de quien es titular de un órgano y ejerce en tal forma una función pública. El término “empleado” alude a la relación instrumental de trabajo con cualquier ente público.

La causa que origina la responsabilidad es un acto, un hecho o una omisión. La consecuencia que produce la responsabilidad declarada es una sanción pecuniaria. La responsabilidad se establece mediante un acto, proveimiento administrativo en todo su alcance, al cual se denomina “Declaratoria de Responsabilidad” y el órgano que lo dicta es la Contraloría General de la República.

Pasemos así a determinar cuáles son los supuestos de la responsabilidad. Una *summa divisio* podrá ser la que emerge del texto de la ley y distingue entre:

1. Faltas establecidas en la propia Ley de Salvaguarda.
2. Faltas establecidas en otras leyes o reglamentos y que den lugar a las declaraciones de responsabilidad del administrado.

De la enunciación del segundo grupo se pone en evidencia que las faltas no están sometidas a la reserva legal, por cuanto pueden ser establecidas por reglamento. Es sin embargo, necesario que la falta, cualquiera que sea su ubicación normativa, dé lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa (artículo 42, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público), por lo cual la norma que la indique debe hacer este expreso señalamiento.

Todos los supuestos que se establecen o que se establezcan tienen como fundamento la tutela de los siguientes intereses de la Administración, que inicialmente señalamos y que son:

- Los principios de probidad administrativa entendidos como rectitud en el obrar.
- La defensa del patrimonio público evitando todo gasto ilegal, inútil y perjudicial, esto es, la tutela de intereses que van más allá de la legalidad formal.

a. *Faltas establecidas en la Ley de Salvaguarda*

Podemos distinguir en el texto aludido en el epígrafe dos grandes supuestos:

- a. I. Supuestos en que se violen reglas de buena administración.
- a. II. Supuestos relativos a las irregularidades que derivan de la declaración jurada de bienes y que aluden: a) A los sujetos que están obligados por la ley a formular dicha declaración y, b) A otros sujetos no sometidos en principio a la indicada carga.

- a. I. *Supuestos relativos a la violación de reglas de buena administración*

Son ellos los siguientes:

- 1) Faltas que derivan de la actuación en el manejo del presupuesto que pueda acarrear la responsabilidad de la República o de una entidad pública.

Al efecto la ley distingue y tipifica dos hipótesis:

- a. Falta de autorización para el manejo del presupuesto (artículo 35).
- b. Sobregiro presupuestario (artículo 35).

Tanto en el primero como en el segundo caso la falta resulta objetiva. No se requiere culpa. La sanción es de multa de Bs. 1.000,00 a Bs. 50.000,00 (artículo 35), que se aplica igualmente a los supuestos siguientes marcados en el número 2.

- 2) Faltas que derivan de la actuación en materia de cuentas bancarias. Se subdistinguen las siguientes hipótesis:

- a. Apertura de cuentas bancarias en nombre propio o de un tercero cuando se trata de fondos públicos que han de ser depositados (artículo 36).
- b. Depósito en cuenta propia de fondos públicos (artículo 36).
- c. Sobregiro en cuentas bancarias (artículo 36).

- 3) Faltas que derivan de la disposición indebida de los fondos o bienes de los cuales se es responsable. Se distinguen, al efecto, varias subhipótesis:
- a. Pago, uso o disposición indebidos de fondos u otros bienes de los cuales se sea responsable (artículo 37).
 - b. Ordenar a subordinados pago o empleo ilegal de fondos.
Eximente: Inferior que advierte por escrito la ilegalidad al superior.
 - c. Aprobación de pagos ilegales por parte de cuerpos colegiados.
 - d. Autorización de pagos ilegales.
Eximente: objeción previa por escrito de la orden.
- 4) Faltas que derivan de la expedición de certificados o constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de una persona a su trabajo (bien sea público o privado, trabajador u obrero) (artículo 39). Multa de Bs. 500 a Bs. 5.000.
- 5) Ocultamiento, acaparamiento o negativa injustificada a los usuarios de planillas, formularios o formatos (artículo 40). Multa de Bs. 2.000 a Bs. 10.000.
- 6) Realización de gastos innecesarios u onerosos. Dentro de este supuesto se distinguen las siguientes subhipótesis:
- a. Adquisición, arrendamiento o utilización de maquinarias, vehículos o mobiliario que excedan de las necesidades del organismo (artículo 41, ordinal 1º).
 - b. Adquisición, arrendamiento de bienes o utilización a precios superiores a los del mercado (artículo 41, ordinal 2º).
 - c. Contratación de servicios no estrictamente necesarios o a precios superiores a los del mercado (artículo 41, ordinal 3º).

- d. Autorización de celebraciones superiores a las necesidades protocolares (artículo 41, ordinal 5º). Multa en todos los casos de Bs. 10.000 a Bs. 500.000.
- 7) Faltas que derivan de negligencia en la defensa de los derechos y cuidado de los bienes.
- Se dan las siguientes subhipótesis:
- a. Prescripción o desmejoramiento de acciones (artículo 41, ordinal 8º).
 - b. Pérdida y deterioro de máquinas o equipos (artículo 41, ordinal 9º). Multa de Bs. 10.000 a Bs. 500.000.
- a. II. *Faltas relativas a la declaración de bienes*
- I. No presentación de la declaración dentro del lapso legal (artículo 19, ordinal 1º). Multa de Bs. 500 a Bs. 10.000.
 - II. No presentación de la documentación pedida por la Contraloría dentro del lapso por ella acordado (artículo 19, ordinal 2º). Multa de Bs. 500 a Bs. 2.000.
 - III. No retención del pago por parte de los ordenadores, a quienes no hubieren hecho la declaración o que habiéndola hecho, no hubiesen subsanado los vicios o le haya sido ordenada la suspensión preventiva por estar incurso el sujeto en averiguación de enriquecimiento ilícito (artículo 20). Bs. 500 a Bs. 2.000.
 - IV. Desacato a la orden de presentación de la declaración jurada (artículo 21, ordinal 1).
 - V. Impedimento o desacato de una diligencia que deba evacuarse para verificar la sinceridad de la declaración jurada (artículo 21, ordinal 2º). Multa de Bs. 500 a Bs. 10.000.

24. *Criterios para determinar la existencia de los supuestos constitutivos de la falta*

A nuestro ver el criterio es meramente objetivo. No se determina ni el elemento culpa y sus grados, sino la verificación de los elementos

constitutivos del tipo legal o reglamentario, salvo casos excepcionales como lo es el que exige negligencia en el cuidado de bienes y en la defensa de acciones.

Ahora bien, por disposición expresa de la ley existen algunos eximentes de la responsabilidad, como es el caso de la orden objetada por el ejecutante y ratificada por el superior, siempre que se deje constancia de ello. Por principio general de derecho es preciso admitir también como tales, al error y a la violencia (*vis absoluta*). El error que es propio de la condición humana y la violencia que es la sustitución de la voluntad de un tercero en la del supuesto agente material que ha actuado. Una conducta afectada por error o violencia sería nula, no podrá por ello surtir efecto alguno, salvo para el actor de esta última, las consecuencias penales que acarrea.

La ley establece un criterio menos riguroso para la imposición de la sanción administrativa. En tales casos ordena al organismo que ha de aplicarla, que tome en cuenta dos elementos:

1. La gravedad de la infracción.
2. La naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el declarado responsable.

Nótese bien que este criterio moderador no alude al núcleo mismo de la determinación de la falta, sino a la aplicación de la sanción.

La sanción es una multa, la cual devengará intereses calculados a la rata del 12 por ciento anual. Se fija un término para cancelar la multa, y si éste se venciere sin que hubiere procedido el funcionario a cancelarla, el caso se pasará al Fiscal General de la República para que el mismo intente la acción civil de cobro, siguiéndose en tal caso el procedimiento previsto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil y siguientes (Título XIII, "De las demandas en que tengan interés las rentas públicas"). En caso de imposibilidad de cobro, a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República podrá acordar su conversión en arresto, y mientras dure la medida el funcionario no percibirá emolumento alguno.

25. *La responsabilidad administrativa en el régimen de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la nueva ley*

Veamos el sistema que cada uno de dichos textos establecen:

LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA

Artículo 81. “La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones”.

El carácter de la norma es el de ser facultativa para la Contraloría.

Los sujetos sobre los cuales recae, son los funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las unidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias, cuando hubiesen cesado en el ejercicio de sus funciones.

Diferencia con el sistema de la Ley de Salvaguarda

Sólo en el carácter facultativo de la iniciación del procedimiento, en la iniciativa del mismo.

En la Ley de Salvaguarda las personas que pueden iniciar el procedimiento son:

1. La Contraloría, cuando del estudio de las declaraciones juradas estime que se ha incurrido en enriquecimiento ilícito, o cuando tenga conocimiento de hechos irregulares.
2. El Ministerio Público, mediante denuncia.
3. Cualquier persona debidamente identificada, mediante denuncia.

En lo que atañe a los sujetos sobre los cuales recae, se trata de los mismos en ambas leyes.

Por lo que respecta al objeto de la investigación, según la ley de Contraloría, su objetivo básico es precisar y aclarar una situación oscura o dudosa en relación con un eventual manejo erróneo, negligente o descuidado. De allí, que la primera finalidad perseguida por una investigación administrativa llevada a cabo por la Contraloría, es la de compro-

bar o no una posible irregularidad. Sólo si ella se demuestra, habrá de precisarse si derivan o no responsabilidades explícitas de esa irregularidad. Enseguida, como culminación de la investigación administrativa, detectada ya una responsabilidad, habrá de perseguirse la aplicación de las sanciones. Se trata de un procedimiento declaratorio porque la investigación tiene por objeto precisar la existencia de una posible irregularidad, y en su virtud, declarar la existencia de uno o más responsables administrativos, si así se desprende de la investigación. Aquí la Contraloría carece de una potestad sancionadora directa derivada de la investigación o averiguación.

Respecto al alcance de la decisión, se observa que la decisión con la cual concluye la averiguación puede tener el siguiente contenido: 1) Declaración de responsabilidad; 2) Absolución; 3) Sobreseimiento.

La absolución declara que no ha logrado producirse prueba plena de que el encausado ha cometido las irregularidades investigadas (artículo 53 del Reglamento).

El sobreseimiento procede en los siguientes casos: a) Cuando se compruebe que los hechos que dieron motivo a la averiguación no originan responsabilidad administrativa; b) Cuando hayan prescrito las acciones; c) Cuando los hechos averiguados resulten falsos; d) Cuando haya fallecido el indiciado (es *intuitu personae*); e) Cuando habiéndose comprobado hechos generadores de responsabilidad, no se haya podido determinar en autos; f) Cuando "existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la investigación".

La declaración de responsabilidad hará que quede firme la decisión (artículo 84 de la Ley) que determine administrativamente la responsabilidad. El auto respectivo y demás documentos serán pasados al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de la cual informará por escrito a la Contraloría y "será entonces quien ejerza la potestad jerárquica, quien aplique la sanción".

En el sistema de la Ley de Salvaguarda, el objetivo del procedimiento es "demostrar los referidos hechos ilícitos" (enriquecimiento ilícito o la comisión de hechos irregulares contemplados por la Ley).

El alcance de la decisión es la siguiente:

Terminada la investigación, la Contraloría podrá:

a. Declarar que no resultaron probados los hechos averiguados.

- b. Declarar la responsabilidad administrativa e imponer las sanciones pecuniarias que sean procedentes.
- c. El resto se rige por la Ley Orgánica de Contraloría en relación con el sobreseimiento.
- d. Solicitar del Fiscal General de la República si hay indicios de enriquecimiento ilícito o de otros delitos, intente las acciones penales y civiles correspondientes.

26. *El problema del cúmulo de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad disciplinaria*

¿Son acumulables la responsabilidad administrativa y la disciplinaria, entendidas en el sentido del derecho positivo?

¿Mas específicamente puede acumularse la responsabilidad declarada por la Contraloría con la sanción aplicable por el jerarca en la esfera de la Ley de Carrera Administrativa?

La respuesta no se presenta como absoluta, sea que se le dé una orientación positiva o que se incline por la negativa. Veamos por qué.

1. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público señala en forma expresa el principio de acumulación de la responsabilidad, al indicar que la administrativa es independiente de la civil y de la penal. Ahora bien, no menciona la responsabilidad disciplinaria, permitiendo así que se establezca una primera gran duda.
2. A favor de una respuesta positiva el artículo 29 de la Ley de Salvaguarda señala que, declarada la responsabilidad administrativa, se procederá de conformidad con el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República debiendo enviarse el caso al funcionario jerárquicamente superior para que aplique la sanción disciplinaria y si el mismo no lo hiciera, debe dirigirse al Fiscal General de la República para que éste lo haga a su vez. El organismo administrativo requerido deberá decidir, y contra tal decisión podrá elevarse recurso por ante el Tribunal de la Carrera Administrativa siendo legitimados para actuar, bien el Ministerio Público o bien el administrado.
3. Hay que recordar por una parte que la Ley Orgánica de Contraloría, a cuyo régimen reenvió el nuevo texto, contem-

pla la declaración de responsabilidad administrativa como un acto meramente declarativo que no implicaba en sí mismo una sanción. De pronto el nuevo legislador, que ha cambiado el sistema, dándole a la Contraloría el poder de sancionar, le exige que sea el vehículo para una nueva sanción que sobre la misma falta habrá de aplicar la Administración que ejerce la potestad jerárquica.

4. Debe tomarse en cuenta igualmente que la Ley de Carrera Administrativa establece como causal de destitución (artículo 62, ordinal 5º), la existencia de un "auto de culpabilidad administrativa en contra del funcionario, dictado por la Contraloría General de la República". Esta causal había sido calificada como objetiva por el Tribunal de Carrera Administrativa, en vista de la redacción que presenta en la ley, de cuya violación conoce. Pero hay que recordar que con posterioridad a ella fue dictada la Ley Orgánica de la Contraloría, en la cual la aplicación de la sanción de destitución en caso de que se dicte el auto de "responsabilidad administrativa", queda a juicio y valoración del jerarca. Obviamente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es de aplicación preferente por su especialidad y por ser posterior.
5. A todo lo anterior ha de añadirse que es principio de derecho sancionatorio (la aplicación de las sanciones en sede administrativa), que no puede aplicarse más de una sanción por una misma falta. En todo caso se podrá aplicar la pena más severa pero no acumularse las penas, aun cuando fueren de distinta naturaleza.

En el caso presente nos encontramos con que, utilizando siempre el lenguaje del derecho positivo, la responsabilidad administrativa (que produciría la aplicación de la multa) y la responsabilidad disciplinaria (que podría llegar a producir la destitución), son sustancialmente iguales, variando sólo el órgano que la aplicaría. ¿Pueden entonces acumularse? ¿Ha quedado así derogado el ordinal 5º del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa en lo que atañe la causal de destitución basada en el auto de responsabilidad administrativa?

27. *La discrecionalidad de la Contraloría General de la República en la determinación de la responsabilidad administrativa*

Una de las críticas más severas que se han hecho a la Ley de

Salvaguarda, es la de señalar que la misma consagra una excesiva discrecionalidad de la Contraloría General de la República. Sus defensores alegan que, por el contrario, tal discrecionalidad ha sido limitada porque no se trata de una libertad de apreciación de dicho organismo, sino de sujetarlo a la valoración de la discrecionalidad técnica. Se dice, al efecto, que no debe confundirse la discrecionalidad con la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, o nociones jurídicas imprecisas, las cuales son esencialmente objetivas y por ello no permiten ningún margen de libertad en el actuar como sí lo hace la discrecionalidad pura o discrecionalidad administrativa. Se dice que cuando la ley alude a "lo necesario", sólo hay una cosa necesaria. Cuando se habla de "justo precio", aquí no hay discrecionalidad porque hay un solo justo precio. En relación con lo anterior conviene aclarar los conceptos de discrecionalidad pura o administrativa y de discrecionalidad técnica.

La discrecionalidad verdadera y propia, o discrecionalidad pura o administrativa, es un margen de autodeterminación acordado por la Ley a la Administración, que puede versar sobre el contenido del acto (*quid*), puede recaer, igualmente, sobre la oportunidad de la providencia, sobre "cuando" procede, esto es (sobre el *an*), o elemento temporal de la decisión, y puede ejercerse finalmente, sobre las modalidades de la formación del acto (*quomodo*).

La *discrecionalidad técnica* existe cuando la actuación de la Administración debe fundarse, por disposición expresa de la norma, en una categoría técnica. Si se habla de sustancias tóxicas, la Administración ha de ceñirse al juicio científico al cual es reenviada su actuación. Visto lo anterior, no existe discrecionalidad alguna en la discrecionalidad técnica.

¿Es este el caso de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público? La respuesta habrá de dársela el lector o el oyente. He recopilado pacientemente las normas que en materia de determinación o procedimiento de responsabilidad administrativa, el legislador ha dictado respecto a la discrecionalidad de la Contraloría General de la República. Ellas son las siguientes:

El artículo 5, en su párrafo único, establece que la Contraloría General de la República puede, en "casos excepcionales" o "justificados", prorrogar los plazos para la entrega de la declaración jurada de bienes.

El artículo 7, párrafo único, indica que la Contraloría General de la República "podría ordenar a personas exceptuadas de la decla-

ración de patrimonio, que la efectúen en el término prudencial, cuando a su juicio ello fuese necesario”, con motivo de investigación.

El artículo 8, párrafo único, establece una facultad implícita al dar la posibilidad al organismo contralor de investigar las cuentas bancarias del declarante, ubicadas en el extranjero, lo cual podrá hacer en base a la autorización expresa e irrevocable que el declarante le otorga y que ha de contener la declaración para ser válida, sin que se requiera para utilizar dicha autorización que medie una investigación.

La Contraloría General de la República está facultada para exigir de los institutos bancarios la apertura de las cajas de seguridad de quienes estén sometidos a investigación y proceder a efectuarla aun en ausencia de su titular, siempre y cuando en este último caso esté presente un Fiscal del Ministerio Público.

La Contraloría puede “en cualquier tiempo” exigir a los sometidos a la ley, la declaración jurada “en la oportunidad y condiciones que juzgue convenientes” (artículo 22). En igual sentido puede exigir a las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren servicios a entidades públicas, la prestación de la declaración jurada de patrimonio, siendo la condición para el ejercicio de tal facultad que exista una averiguación en curso.

La Contraloría puede realizar las investigaciones “que considere procedentes cuando surjan indicios de violación de la ley”.

El artículo 23 le otorga un poder de interpretación.

El artículo 25 la faculta para realizar averiguaciones en el seno de todo organismo público por actos de los mismos que tengan relación con el patrimonio público.

El artículo 43 le permite acordar la conversión de la multa en arresto en los casos en los cuales sea imposible su cobro a juicio del Fiscal.

El artículo 54 la faculta para ordenar la retención preventiva de las remuneraciones, prestaciones o pensiones de un funcionario, cuando en el curso de una averiguación existan fundados indicios de responsabilidad del investigado.

Una vez expuestas las facultades del órgano contralor, hay que concluir que en ninguna de ellas figura en forma alguna el llamamiento a un juicio técnico. En todas, por el contrario, estamos ante la presencia de la más pura y absoluta discrecionalidad.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y OTRAS LEYES FISCALES

GILBERTO MEJÍAS

GENERALIDADES

Sabido es que en nuestro sistema jurídico existe la posibilidad de declarar la responsabilidad administrativa de los empleados públicos y de extraños que realicen un oficio de Hacienda, es decir, que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, cuando, además, tales personas incurran en los supuestos de conducta que prevé la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en sus artículos 18, Parágrafo Unico, 25, 29, 31, ordinal 4º; 32, 40, 43, 81 y 84.

A fin de precisar si se da la hipótesis de tal responsabilidad, el Organismo Contralor ha de proceder conforme a lo indicado en la susodicha Ley Orgánica (artículos 82 al 91), en el Reglamento de esa Ley (artículos 49 al 62), Reglamento Interno de fecha 19 de agosto de 1982, de la misma Institución de Control (artículos 57 al 80), y Resolución Organizativa N° 3, también de fecha 19-08-82, atinente a la Organización y Funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (artículos 11 y 15, en concordancia con el numeral 6º del artículo 6º).

Es conveniente señalar que el ciudadano Contralor General de la República, fundamentado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dispuso, en fecha 09-02-82, lo siguiente:

El procedimiento y los términos para tramitar y decidir las averiguaciones administrativas está regulado igualmente por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y sus Reglamentos, en razón de lo cual,

tampoco tienen aplicación las disposiciones procedimentales y los términos supletorios establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En conexión con lo últimamente transcrito, cabe señalar que el mismo Contralor, en igual fecha e instrumento, dispuso, en cuanto al recurso jerárquico contra las decisiones de culpabilidad administrativa, lo siguiente:

El lapso para interponer el recurso jerárquico a que se refieren los artículos 12, ordinal 4º y 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, contra actos dictados por funcionarios distintos del Contralor o sus delegados, es el de diez (10) días continuos establecidos en el artículo 77 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El término para decidir este recurso es el mismo de noventa (90) días hábiles, establecido en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Expuesto lo anterior, debemos indicar lo saludable y necesario que resulta la normativa contenida en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y en lo que averiguaciones administrativas respecta, merece especial interés el artículo 27 de ella, por cuanto precisa, de una manera diáfana, podríamos decir, la competencia indudable que en materia de determinación de responsabilidad administrativa incumbe a la Contraloría General de la República, no a otros entes, como ha querido especularse en no pocas oportunidades, trayendo a colación inclusive pretensiones de rivalidad entre organismos en cuanto a tal competencia, y referencias, inútiles podríamos afirmar, acerca de lo subyacente en toda responsabilidad, cual es la responsabilidad moral, como equivalente a la responsabilidad administrativa. Baste recordar que toda responsabilidad, sea ésta administrativa, civil, penal, política, o disciplinaria, tiene implícito un reproche moral. De allí lo inútil, repetimos, de tales pretensiones, que sólo pueden obedecer, así lo creemos con honestidad, a razones extrajurídicas. Véase cómo está redactado el precitado artículo:

Artículo 27. *La determinación de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el Título IV de esta Ley, es de la competencia de la Contraloría General de la República, y en consecuencia, los organismos y entidades que señala el artículo 4 deberán remitirle todos los documentos e informes sobre hechos, actos y omisiones relativos a la eventual responsabilidad administrativa del funcionario (subrayado nuestro).*

Debemos manifestar asimismo nuestra tranquilidad por el hecho de que se establezca, como en efecto se hace, en el artículo primero de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, una delimitación entre la responsabilidad administrativa y disciplinaria. Era necesario que ocurriera, en virtud de que la doctrina no ha sido uniforme en ese punto, habiéndose llegado a confundir ambas o a incluir una dentro de la otra, cuando es lo cierto que se trata de dos institutos distintos, en donde inclusive la responsabilidad administrativa puede generar la disciplina. Esta última también acontece cuando se dan supuestos de ley distintos de los de responsabilidad administrativa, como acontece, verbigracia, con las causales previstas en la Ley de Carrera Administrativa como generadoras de amonestaciones, suspensiones o destitución.

Digamos a manera de agregado de este comienzo, que no ha de pretenderse ver en las normas de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el procedimiento a seguir a los efectos de la perquisición integral que corresponde al Organismo Contralor en materia de responsabilidad administrativa, por cuanto ese procedimiento se encuentra previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Superadas las aclaratorias anteriores, hemos de referirnos a continuación fundamentalmente a los puntos que creemos novedosos y que, respecto a la responsabilidad administrativa, se contienen en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Podríamos resumirlos de la manera siguiente: "otros supuestos jurídicos de responsabilidad administrativa (caso particular de la obediencia legítima debida)", "sujetos pasibles de responsabilidad administrativa", "necesaria aplicación de multas en casos de responsabilidad administrativa", "carácter no secreto de las averiguaciones administrativas para otros sujetos distintos del investigado", "sanción de destitución para el funcionario revelador de información secreta en el proceso investigativo, sea o no sumariador o participante en el procesamiento", "publicación en la *Gaceta Oficial* del resultado de la averiguación administrativa", "participación de la Fiscalía General de la República en la sanción derivada de tal responsabilidad", "recurso pertinente ante la decisión que dicte la Administración respectiva", "amplitud del concepto de tipicidad en materia de responsabilidad administrativa", "no perjudicial", "valor de las actuaciones de la Contraloría General de la República", "prescripción de la acción administrativa".

1. *Otros supuestos jurídicos de responsabilidad administrativa*

Por lo que toca a otras hipótesis jurídicas de responsabilidad administrativa, es menester revisar los Arts. 35, 36, 37 y 38 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, sin que ello sea óbice para afirmar que tales hipótesis, cuando han ocurrido, han sido generadoras de responsabilidad administrativa en los términos del artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. No obstante ello, a fin de precaver cualquier duda en la interpretación de esta última norma legal, es por lo que resulta de gran utilidad la precisión de las aludidas hipótesis a las cuales nos concretamos de inmediato:

En efecto, el susodicho artículo N^o 35 hace responsable en lo administrativo, sin desmedro de otras responsabilidades, a los funcionarios que sin estar previa o legalmente autorizados para hacerlo, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza, que puedan afectar la responsabilidad de la República o de algunas de las entidades señaladas en el artículo 4^o de la Ley.

De manera, pues, que si los gastos o compromisos presupuestarios ocurren en situaciones distintas de las previstas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es decir, cuando existan situaciones de emergencia, urgencia o calamidad que hagan impostergable el gasto o ejecución de obras, previa consulta al Contralor, entiéndase, y cumplimientos de lo allí indicado, los participantes en la erogación o quienes contraigan deudas o compromisos que puedan afectar la responsabilidad de los entes patrimoniales a que alude el artículo 4^o de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, indudablemente que serán responsables, hasta en lo civil, mas dudamos que el hecho, así solo, por su propia naturaleza, pueda engendrar responsabilidad penal. Este aspecto es mejor que quede a la consideración de los estudiosos y conocedores del Derecho Penal.

Es justificable la hipótesis de responsabilidad administrativa, no sólo por el mero hecho de constituir el manejo presupuestario un oficio de Hacienda, sino ante todo porque con ello se precave, o pretende precaverse, las arbitrariedades en tal manejo, el desacato a la normativa legal para una buena ejecución del presupuesto, o la violación de principios universal y nacionalmente consagrados en esa materia patrimonial, y sin cuyo cumplimiento la ejecución presupuestaria no sería favorable ni alcanzaría los objetivos propuestos, amén de la situación que ocasionaría para los entes que se vean afectados, y para el Estado en definitiva, la falta de contravención del o los actuantes.

Por su parte el artículo 36 de la Ley que se comenta hace derivar responsabilidad administrativa del hecho de que un funcionario o empleado público, con fondos públicos, abra cuenta bancaria a nombre suyo o al de un tercero, o deposite dichos fondos en cuenta personal ya abierta, o aquel que se sobregire en la cuenta que en una o varias entidades bancarias tenga el ente público en donde presta sus servicios de Hacienda.

Las normas jurídicas, como la presente, en muchas ocasiones se motivan en realidades concretas y frecuentes, por no decir habituales. A ello tal vez obedezca la existencia del artículo, que contiene, como puede observarse, cuatro hipótesis cuya claridad no amerita de mayores comentarios.

A su vez el artículo 37, antes mencionado, alude al punto de la obediencia legítima debida, y a tal fin señala la responsabilidad administrativa del funcionario que en cumplimiento de orden de funcionarios superiores, efectúe pagos, o use o disponga indebidamente de los fondos u otros bienes que le estén confiados, salvo que compruebe haber advertido la ilegalidad de la orden recibida. Agrega asimismo el artículo lo que transcribimos de inmediato:

El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiera corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo y sin perjuicio de la responsabilidad del superior jerárquico que impartió la orden.

No consideramos que el referido artículo 37 sea muy claro, es más, nos atrevemos a afirmar que hubo inadvertencia a la hora de su redacción, por las razones siguientes:

A) El encabezamiento del artículo alude a "funcionario superior", que si bien pudiera ser distinto del superior jerárquico del funcionario pagador o que disponga de fondos ilegalmente. Se necesita terminar de leer la totalidad del artículo para derivar que el mismo pareciera concretarse únicamente al superior jerárquico, lo cual así creemos, porque de tratarse de otro superior, no serviría de excusa el alegato de aquel que pretendiere beneficiarse con la obediencia legítima debida por no darse uno de los supuestos que a ésta informan, es decir, el de que la orden provenga o emane del legítimo superior jerárquico.

B) Es de suponer que la parte del artículo, antes transcrita, de que "El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal...", se re-

fiere al funcionario que lo efectúe, o emplee los fondos ilegalmente, no al que dé la orden, por cuanto a renglón seguido el artículo se refiere a éste como impartidor de la instrucción ilegal.

Pensamos, además, que no bastaría de parte del subalterno la mera excusa, y prueba suya escrita, de la advertencia de ilegalidad de la orden recibida, hecha al superior jerárquico, sino que es menester, así lo creemos, que el funcionario subalterno reciba, también por escrito, la orden de pagar o disponer de los fondos. Y por los términos en que está redactada la norma, aun con la corrección interpretativa que pretendemos introducir, devendría responsable en lo administrativo, el subalterno, lo cual hace más difícil la captación del propósito de la norma.

Por su lado el artículo 38 antes señalado dispone la responsabilidad administrativa, que llama impropia solidaria, de los miembros de las juntas directivas o de los cuerpos colegiados encargados de la administración del patrimonio de las entidades a que se refiere el artículo 4º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuando concurren con sus votos a la aprobación de pagos ilegales, y prevé asimismo la responsabilidad de los funcionarios que hayan autorizado tales pagos, salvo que hubiesen objetado la orden respectiva. Esta parte del artículo no merece la observación hecha al artículo anterior, pero pensamos, al igual que a lo dicho en esa oportunidad, que es imprescindible para el favorecimiento en la obediencia legítima debida, que el funcionario subalterno, es decir, quien autorice el pago, espere la respuesta planteada al superior jerárquico.

También debe señalarse que la norma legal, una vez más, porque ya preexiste en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República la previsión, extiende la responsabilidad administrativa a los Concejos Municipales, lo cual constituye un avance más en materia de control fiscal encomendada a la Contraloría General de la República.

2. *Sujetos pasibles de responsabilidad administrativa*

En principio, todo empleado de Hacienda que incurra en los supuestos previstos en los artículos 18, Parágrafo Único, 25, 39, 31, ordinal 4º; 32, 40, 43, 81 y 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y también en los mencionados artículos 35, 36, 37 y 38 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, al igual que otros supuestos legales, verbigracia, artículo 24 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se hace sujeto pasible de

responsabilidad administrativa, mas ha querido el legislador, en la segunda de dichas leyes, dejar claramente establecido los sujetos que considera funcionarios o empleados públicos a los fines de la aplicación de esa Ley, con lo cual contribuye a despejar las incertidumbres que en otros tiempos se presentaron, más que todo con los integrantes de las directivas de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas cuyo capital o patrimonio pertenezca, sin que importe la proporción económica, al patrimonio del Estado.

3. *Necesaria aplicación de multas en caso de responsabilidad administrativa*

Establece la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público previsiones sancionatorias que conducen a evidenciar el deseo del legislador de imponer multas en todo caso de declaratoria de responsabilidad administrativa. La lectura de los artículos anteriores al 42 pudiera hacer pensar que las multas sólo son viables cuando acontecen determinados supuestos típicos de responsabilidad; pero no es así, por cuanto el mencionado artículo despeja la duda cuando establece lo siguiente:

Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Asimismo el artículo 51 *eiusdem* corrobora lo anterior, cuando establece que en caso de resultar probados los hechos, es decir, el enriquecimiento ilícito, "independientemente de la declaratoria de responsabilidad administrativa e imposición de las sanciones que sean pertinentes" (subrayado nuestro), se procederá de la manera que en este artículo se indica.

Pues bien, precisado lo anterior es obligante la otra cita normativa que incumbe a los restantes y específicos supuestos de hechos motivadores de sanciones pecuniarias, cuando acontezca la responsabilidad administrativa.

Así, el ordinal 4º del artículo 22 de la Ley examinada faculta a la Contraloría General de la República para imponer las sanciones pecuniarias previstas en esa Ley, con motivo de la declaratoria de responsabilidad administrativa que el Organismo Contralor haga.

A su vez el artículo 33 *ejusdem* pauta que el Organismo Contralor, "en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente Ley". De manera, pues, que surge también claridad en cuanto a que serán simultáneas las declaratorias de responsabilidad administrativa y aplicación de la sanción pecuniaria correspondiente.

Por su parte el artículo 35 prevé que los responsables, en el supuesto que ese artículo establece y que ya hemos examinado antes, serán multados en los términos allí establecidos.

El artículo siguiente, el 36, establece igualmente multa entre un mil y cincuenta mil bolívares, para las personas declaradas responsables en lo administrativo por las razones prevista en ese artículo.

Merecen también especial atención los supuestos jurídicos a que aluden los artículos 39, 40 y 41 de la misma Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, especialmente el último de ellos, en donde de la misma manera aparecen previsiones de multas pecuniarias, independientemente de que también recaiga responsabilidad administrativa. Creemos oportuno señalar que, de darse la situación prevista en el artículo 83 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es decir, cuando el investigado sea multado por renuencia a comparecer al proceso investigativo que le incumbe, ello no obstaría para que se le multe nuevamente, de resultar eventualmente responsable en lo administrativo. En ese supuesto estaríamos ante dos sanciones pecuniarias derivadas de dos razones distintas y en tiempos distintos.

Lo dicho en este punto, permite concluir que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, establece causales específicas y causales genéricas de sanciones pecuniarias (multas) para todo tipo de responsabilidad administrativa.

4. *Carácter no secreto de las averiguaciones administrativas para otros sujetos distintos del investigado*

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en su artículo 49, que "Las averiguaciones que practique la Contraloría serán reservadas salvo para el indiciado, desde que se haya informado de los cargos que existen en su contra. Sólo él o los funcionarios que intervengan en la averiguación tendrán acceso al ex-

pediente respectivo..." Idéntica norma se halla en el artículo 58 del Reglamento Interno del Organismo Contralor.

Por su parte la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en su artículo 24, establece que las actuaciones que realice dicho Organismo de Control "serán secretas, menos para el investigado, sus abogados y el Representante del Ministerio Público".

Si bien es cierto que esta última disposición legal da expresa participación a los abogados y al Representante del Ministerio Público, consideramos que sólo constituye novedad en cuanto a la presencia de este último en el proceso investigativo de la Contraloría, lo cual se justifica fundamentalmente por una doble razón: para que vele porque tal proceso investigativo se oriente con estricto apego a la legalidad, y por el interés de que se imponga de los diversos elementos indicadores de la presunta responsabilidad penal o civil, o disciplinaria, en que puedan haber incurrido las personas, procesadas o no, ello independientemente de la remisión que llegare a hacer, cuando se den los supuestos, a la Contraloría, a la Fiscalía, de los documentos pertinentes (artículos 32, ordinal 5º; 30 y 31 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

No obstante la previsión contenida en el mencionado artículo 24, consideramos que, por razones constitucionales y legales, y dada la naturaleza de la gestión de la Fiscalía General de la República, ella podría, con independencia de tal previsión legal, imponerse de los particulares que crea menester con miras al ejercicio cabal e integral de sus tareas.

Hemos calificado de novedoso la participación del Ministerio Público en el referido proceso, al menos en cuanto a la previsión legal expresa, y no lo hemos hecho así en lo tocante a los defensores legalmente acreditados, por cuanto ello se justifica asimismo como indispensable para la adecuada asistencia y defensa de los encausados.

5. *Sanción de destitución para el funcionario revelador de información secreta en el proceso investigativo, sea o no sumariador o participante en el procesamiento*

Otra causal de destitución contempla el artículo 24 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, no sólo referida al proceso investigativo establecido con miras a determinar la responsabilidad administrativa, sino también cuando tal proceso lo sea para sustanciar aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad de otro tipo, como

la penal y la civil. De acontecer una sanción de esa naturaleza, en la fase jurisdiccional judicial, de incoarse el recurso correspondiente, habrán de conocer los Tribunales de Carrera Administrativa.

Consideramos que la sanción está prevista no sólo para el funcionario que se ocupe de la sustanciación o decisión del asunto, sino también para cualquier otro funcionario del Organismo Público que hace perquisición, cuando sea autor del acto de conducta que se sanciona.

6. *Publicación en la Gaceta Oficial del resultado de la averiguación administrativa*

Dispone el artículo 28 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que concluida la investigación administrativa, que el Organismo Contralor compete decidir, éste publicará en la *Gaceta Oficial* de la República la decisión correspondiente, y asimismo, el auto por el cual remite al Fiscal General de la República el expediente respectivo, cuando ello fuere pertinente.

Entendemos que sólo se refiere el artículo mencionado a la decisión que recaiga en el proceso investigativo que culmine la pesquisa tendente a precisar la responsabilidad administrativa, según se prevé en los artículos 81 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

De manera que, sin que importe la modalidad de la decisión, sea ésta culpabilidad, sobreseimiento o absolución, debe publicarse el auto decisorio, y comoquiera que ninguno de tales resultados está reñido con la posibilidad del ejercicio de otras acciones, en virtud de la autonomía de éstas, de darse el supuesto de remisión del expediente al Fiscal General de la República, el auto a través del cual se haga el envío debe igualmente ser publicado.

7. *Participación de la Fiscalía General de la República en la sanción derivada en la responsabilidad administrativa. Recurso pertinente ante la decisión que dicte la Administración respectiva*

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece en su artículo 84, que una vez firme la decisión que determine la responsabilidad administrativa, el auto correspondiente y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de 30 días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponde, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

Ahora bien, si ha ocurrido lo antes señalado y el organismo público a quien corresponda sancionar, no lo hace, el artículo 29 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece que el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República, requerir de la Administración la imposición de la sanción "que estime pertinente". A este particular también indica el último artículo mencionado, que de la decisión de la Administración, es decir, la sancionatoria, podrán recurrir el Ministerio o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa.

Véase que es vinculante para la Administración el imponer la sanción, la que estime pertinente. Sin duda que habrán de generarse no pocos inconvenientes en esas oportunidades, en razón de la inexistencia de elementos legales orientadores, para el jerarca respectivo, en cuanto a graduación de la sanción (atenuantes y agravantes). Debemos confiar en que consideraciones jurídicas y de justicia sean las prevalecientes en la materia.

8. *Amplitud del concepto de tipicidad en materia de responsabilidad administrativa*

Por una razón inexplicable, si puede con propiedad hablarse de razón, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se estableció el *error* como elemento típico de la culpa en materia de responsabilidad administrativa, a diferencia de lo que hasta esa fecha contemplaba la parcialmente derogada Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, en su artículo 172, ordinal séptimo, el cual contempla a la *falta* administrativa como supuesto jurídico para llevar adelante la averiguación administrativa por parte del Organismo Contralor.

Ciertamente, repetimos, no hubo una razón explicativa o justificadora del porqué se sustituyó esta última expresión por el "error", concepto el cual resulta de difícil captación, al menos en el ámbito de la responsabilidad administrativa.

Felizmente la anterior situación pretende quedar subsanada por el artículo 32 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que establece: "el funcionario o empleado público responde administrativamente por sus *actos, hechos u omisiones* que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal o civil" (subrayado nuestro).

No deja de llamar la atención el referido artículo 32, por cuanto pareciera extender la responsabilidad administrativa más allá del oficio de Hacienda, para abarcar asimismo cualquiera otro oficio en la función pública que no implique manejo patrimonial.

9. *No prejudicialidad*

Expresa el artículo 56 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, lo siguiente:

Artículo 56. Las averiguaciones o actuaciones que practiquen la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, de conformidad con las atribuciones que le confiere esta Ley, no impiden ni menoscaban las de los tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, y, en ningún caso, podrán ser opuestas aquellas como cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional.

Por lo que respecta al Organismo Contralor, también debe señalarse en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 85, se halla una forma similar, la cual establece:

...El procedimiento pautado en este artículo no impide el ejercicio inmediato de las acciones civiles y penales correspondientes ante los Tribunales ordinarios, y los procesos seguirán su curso, sin que pueda alegarse *excepción alguna por falta de cumplimiento de requisito o formalidades exigidos por esta Ley* (subrayado nuestro).

Los dos artículos antes transcritos tienen como antecedente al artículo 172, ya derogado, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual establecía en el Parágrafo Único del ordinal séptimo, lo siguiente:

Unico. El procedimiento pautado en este ordinal y en cualesquiera otras disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, referente a averiguaciones de actos ejecutados por empleados o funcionarios públicos que acarreen responsabilidad administrativa, no impide el ejercicio inmediato de las acciones penales y civiles correspondientes ante los Tribunales ordinarios y los procesos seguirán su curso sin que pueda argüirse como excepción dilatoria o de admisibilidad, la falta de cumplimiento de requisitos o formalidades exigidos por esta Ley. Esta disposición es aplicable a los procesos en curso.

Como puede observarse, ha habido reiteración de propósito legislativo en cuanto a la materia, y ello acontece y se justifica precisamente por razón de la autonomía de las acciones, las cuales conducen a resultados completamente distintos. En lo que a la responsabilidad administrativa respecta, una vez declarada, como ya se ha visto, generaría la aplicación de una sanción disciplinaria, que nada tendría que ver con las eventuales declaratorias de responsabilidad penal o civil, las cuales pondrían de manifiesto la comprobación de un delito o falta penal, o la autoría de un daño o perjuicio.

10. *Valor de las actuaciones de la Contraloría General de la República*

En virtud de la falta de precisión en cuanto al valor de las actuaciones de la Contraloría, para los tiempos en que ésta hubo de llevar a cabo el procedimiento administrativo investigativo conforme a las previsiones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, lo cual dejaba al criterio de los jueces la justa apreciación de los elementos probatorios que lograba el ente Contralor, fue menester que el legislador, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, previera al respecto, y así expresó en su artículo 87, lo siguiente:

Artículo 87. Las diligencias ejecutadas por la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial.

Sin embargo, el Tribunal competente, de oficio, o a instancia del Fiscal del Ministerio Público o de alguna de las partes, examinará nuevamente a los testigos que hayan declarado ante la Contraloría.

En caso de que pedida la ratificación de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, dicha prueba podrá ser apreciada en su conjunto, como indicio.

Asimismo en el artículo 88 *ejusdem*, se establece:

Artículo 88. La confesión rendida ante la Contraloría tiene el mismo valor que la hecha ante el Tribunal y hará prueba contra quien la rinda, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 247 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Similar norma trae la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Así el artículo 57, pauta:

Artículo 57. Las diligencias que practique la Contraloría General de la República en los procedimientos de su competencia, así como los elementos que recabe el Ministerio Público, incluida en ambos casos la prueba testimonial, tendrán la fuerza probatoria que les atribuyan las leyes adjetivas, mientras no sean desvirtuados en el debate judicial. Sin embargo, el tribunal competente, de oficio o a instancia de alguna de las partes, examinará nuevamente a los testigos que hayan declarado ante aquellos organismos. En caso de que, pedida la ratificación judicial de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, dicha prueba podrá ser apreciada, en su conjunto, como indicio.

Como puede apreciarse, para la presente época, y la venidera también, existe una valoración específica, concreta, en cuanto a los diversos elementos probatorios que recabe la Contraloría General de la República. Ello evitará situaciones como las acontecidas antes del 7 de julio de 1975, época de vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría.

11. *Prescripción de la acción administrativa*

No deja de revestir significación el hecho de que, por fin, el legislador haya establecido una prescripción expresa para la acción administrativa que se incoa con miras a determinar la responsabilidad administrativa. Así lo establece en el artículo 102 la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el cual estatuye, además, que tal acción prescribe por cinco años, los cuales habrán de contarse conforme a las reglas establecidas en el Código Penal. Sobre este particular, en nada encontramos diferencia con lo previsto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, norma esta según la cual ha venido determinándose la prescripción administrativa en la materia que nos ocupa, a partir de la comisión de la infracción o falta o de su cese, si la misma fuere continuada.

Debe, sin embargo, observarse, una particularidad que apunta el referido artículo 102, cual es de que cuando el infractor fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función, y si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiese cesado o haya sido allanada. Esta última previsión, la relativa a la condición de funcionarios públicos, sugiere las siguientes interrogantes: ¿caso las expresiones "cargo" o "función" son equivalentes? Si no lo fueren, al parecer la prescripción podría ocurrir aun estando el funcionario contraventor en las tareas públicas pero en otro cargo. Si lo

fuere, ¿no correría la prescripción hasta que se cese en ese cargo o función?

12. *Breves consideraciones acerca del procedimiento investigativo ideados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Consideraciones previas al punto. Aspectos adjetivos y sustantivos relacionados con la responsabilidad administrativa. Consideración ética*

I. *Consideraciones previas*

Visto lo anterior, que podríamos señalar como lo de más inmediato cometido en cuanto el propósito del tema examinado, antes de hacer un breve esbozo en cuanto al procedimiento investigativo que traen la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Reglamento de ésta, el Reglamento Interno del Organismo Contralor y la Resolución Organizativa N° 3, todos citados precedentemente, creemos de utilidad, y también para no interrumpir la secuela de tal proceso, cuando aludamos a él, mencionar previamente algunos particulares que se relacionan con la investigación administrativa. A este mismo fin, en lo sucesivo y para evitar repeticiones de tales instrumentos normativos, utilizaremos las siguientes siglas LOSPP (Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público), LOCGR (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República), RLOCGR (Reglamento de esta última Ley), RICGR (Reglamento Interno de la Contraloría General de la República) y RON3 (Resolución Organizativa N° 3, relacionada con Organización y Funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Organismo Contralor).

Tales consideraciones previas son las siguientes:

1. Las *actuaciones* administrativas serán *reservadas* salvo para el indiciado, sus abogados y el Representante del Ministerio Público. Sólo ellos y los funcionarios que intervengan en la averiguación tendrán acceso al expediente, lo cual no obsta para que si durante la investigación se encuentran indicios de la comisión de hechos punibles, o comprometedores de la responsabilidad civil, se efectúe, por el funcionario, la denuncia a que hubiere lugar, o para que se proceda igualmente cuando se deba hacer cualquier otra denuncia que, con carácter obligatorio, exijan las leyes, o cuando por razones legales el expediente deba ser remitido a otra dependencia oficial, o del mismo organismo actuante.

En todos esos casos, menos en el último, será necesaria la previa autorización del Contralor General de la República (artículos 85 y 86, LOCGR; 24, LOSPP; 49, LOCGR, y 59, RICGR).

2. Las diligencias que practique o ejecute la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tendrán *fuerza probatoria, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial* (artículos 87, LOCGR y 57 LOSPP). La *confesión* rendida tiene el mismo valor que la hecha ante el Tribunal y hará prueba contra quien la rinda, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 247 del Código de Enjuiciamiento Criminal (artículo 88, LOCGR). Cuando sea menester tomar declaración a cualquier persona, se expedirá la citación y se recibirá aquélla. La persona citada a declarar estará obligada a comparecer y prestará testimonio en la misma forma establecida para los testigos o indiciados, según sea el caso, en la Legislación procesal común (artículos 89, LOCGR; 56, RLOCGR, y 69, RICGR). También se oirá a quienes concurren a declarar voluntariamente (artículos 53, RLOCGR, y 65, RICGR). En las declaraciones se permitirá al deponente hacer exposiciones espontáneas y se le formularán los interrogatorios tendientes al esclarecimiento del caso. La declaración se extenderá por escrito en acta que una vez leída suscribirán el funcionario y el declarante. Si éste se niega a firmar se dejará constancia de ello por el funcionario (artículos 70, RICGR, y 54, RLOCGR). La no comparecencia de una persona a declarar, cumplidas que sean cuando menos dos citaciones, autoriza la aplicación de *la multa prevista en el artículo 93 de la LOCGR*, sin perjuicio de que la investigación continúe (artículo 71, RICGR). Están *exceptuados de comparecer a la Contraloría y de declarar*: el Presidente de la República, el Presidente del Congreso y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia (artículo 90, LOCGR). *Se exceptúan de concurrir pero no de declarar*: los miembros del Congreso y los diputados a las Asambleas Legislativas, mientras dure su inmunidad; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el presidente y los miembros del Consejo Supremo Electoral; los ministros; el Secretario General de la Presidencia de la República; el Procurador General de la República y el Fiscal General de la República; los gobernadores de los Estados, Territorios Federales y Distrito Federal; los jueces superiores y de Primera Instancia; los jefes militares con jurisdicción y mando de armas y los arzobispos y obispos. Cuando se requiera la declaración de estas personas, el Contralor decidirá acerca de la forma y oportunidad en que, en el despacho de los mismos, se dejará constancia de sus respuestas (Art. 90, LOCGR). Cuando se requiera la declaración de alguna de las personas que de

acuerdo con el artículo 90 de la Ley, están exceptuadas de concurrir a declarar, el director competente lo participará así al Contralor, para que éste decida si se obtiene dicha declaración mediante certificación jurada o mediante declaración rendida en el despacho de la persona de que se trate (artículo 72, RICGR, y 57, RLOCGR).

3. Si en el curso de la averiguación se comprueba la *actuación irregular de particulares en perjuicio* de los intereses de la República, además de solicitar la imposición de las sanciones civiles y penales que sean pertinentes, alertará la Contraloría a los organismos públicos para que tomen las medidas de precaución que consideren pertinentes en sus futuras o eventuales relaciones con aquéllos (artículos 62, RLOCGR, y 80, RICGR).

4. De ocurrir el supuesto jurídico de *acumulación*, el Organismo Contralor efectuará ésta, con sujeción en cuanto sea posible a la legislación procesal común (artículos 67, RICGR, y 55, RLOCGR). Asimismo, si una averiguación comprende personas o hechos distintos, podrá dividirse en cuantos expedientes sean necesarios, los cuales se decidirán separadamente (artículo 68, RICGR).

5. Cuando en la averiguación administrativa se detecte la *reincidencia* de funcionarios o *hechos graves*, el Director de Averiguaciones Administrativas informará al Director General de esos hechos, a fin de que éste le proponga al Contralor que solicite a la autoridad administrativa competente la *suspensión en el ejercicio del cargo* de tales funcionarios, mientras dure la averiguación administrativa (artículos 11, ordinal 5º, RON3, y ordinal 4º, artículo 9, RICGR).

6. De resultar falsedad en las declaraciones de una o varias personas, el susodicho Director debe proponer al precitado Director General que pida el enjuiciamiento de tal o tales personas (ordinal 5º del artículo 11, RON3).

7. Cuando de la investigación surjan indicios de responsabilidad civil o penal, se enviará el expediente a las autoridades competentes para que éstas la hagan efectiva, sin perjuicio de continuar la averiguación y de formular los reparos que fueren procedentes (artículo 69, RICGR).

II. *Procedimiento investigativo*

La Contraloría General de la República:

1. Procederá de oficio, o por denuncia de particulares, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público, mediante auto de apertura que autorizará el Director Sectorial respectivo. A este último particular debe señalarse que las direcciones generales de Control de la Administración Central, Control de Administración Descentralizada y Control de Estados y Municipios tendrán competencia para abrir investigaciones, cuando surjan indicios de que funcionarios o extraños, sean o no empleados de Hacienda aquéllos, hayan incurrido en actos u omisiones, o cuando acaezcan hechos atribuibles a los mismos. Esa averiguación deberá efectuarse con la mayor celeridad y eficacia (artículos 22, ordinal 3º; 26, 27, 32, 35, 36, 37 y 38, LOSPP, 81, LOCGR, 50, RLOCGR; 57, 60, 61 y 66, RICGR). Si se tratare específicamente de una denuncia, quien la formule expondrá, verbalmente o por escrito, lo que crea necesario, y el funcionario que tome nota de ello podrá hacerle las preguntas que crea pertinentes para obtener informaciones adicionales (artículos 51, RLOCGR, y 61, RICGR). De resultar manifiestamente falsa o infundada la denuncia, o versar sobre hechos que no ameritan averiguación, o cuya sustanciación no corresponda a la Contraloría, se procederá a declararlo así de inmediato, mediante auto expreso en el cual se resolverá que no hay lugar a proceder (artículo 63, RICGR). Cuando se compruebe que los hechos generadores de responsabilidad administrativa no afectan al patrimonio de las entidades sujetas a control, o cuando el monto del presunto perjuicio no exceda de Bs. 100.000,00, y siempre que no hubiera mediado dolo, podrá abrirse la averiguación (artículo 67, RICGR). La averiguación, cuando fuere viable, procederá aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones (artículo 81, LOCGR).

2. Formará expediente y realizará las diligencias que estime indispensables (artículos 52, ROCGR, 82 y 83, LOCGR; 57, 58 y 64, RICGR, y 15, ordinales 1º, 2º, y 3º, RON3). A los fines del logro de las actuaciones, la Dirección de Averiguaciones Administrativas asesorará a las otras dependencias de Contraloría que se ocupen de la sustanciación, cuando las mismas lo soliciten. Concluidas tales actuaciones, deberán ellas ser enviadas a dicha Dirección con el objeto de la formulación de cargos (artículos 11, ordinal 1º, RON3, y 57, RICGR). Asimismo, la Dirección de Averiguaciones Administrativas practicará las diligencias necesarias para la continuación de las averiguaciones que se hayan iniciado por las otras dependencias competentes del Organismo, a cuyo fin podrá, independientemente de lo que hayan recabado o logrado esas dependencias, citar testigos e indiciados (que están obliga-

dos a comparecer), tomar declaraciones, exigir informes, disponer la práctica de inspecciones o peritaje y evacuar toda clase de prueba con el objeto de esclarecer los hechos (artículos 11, ordinales 2º y 3º, RON3, y 89, LOCGR).

3. Cuando fuere pertinente, dispondrá la citación del o los presuntos responsables, a fin de informarles de los cargos que existan en su contra y de oír su declaración. La comparecencia será dentro de los diez (10) días continuos a la fecha de la citación (artículos 83, LOCGR, y 52, RLOCGR, y 64, RICGR, y ordinales 6º y 7º del artículo 11, RON3). Si el investigado no compareciere a declarar, se le citará nuevamente, y si tampoco compareciere, se le impondrá la multa prevista en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (artículos 83, LOCGR, y 71, RICGR). Lo anterior no obsta para que la investigación continúe en rebeldía, debiendo dejarse constancia en el expediente de la circunstancia aludida y de los cargos que existan en su contra (artículo 71, RICGR). De acudir el investigado al llamamiento, la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, le formulará cargos al mismo y le concederá, de pedirlo él, un plazo no menor de quince (15) días continuos ni mayor de cuarenta y cinco (45) para contestarlos, acompañar pruebas y producir los documentos que estime pertinentes para que sean agregados al expediente y apreciados en la decisión que recaiga sobre el asunto (artículos 62, RLOCGR, y 64, RICGR).

4. Deberá decidir la averiguación en un plazo no mayor de tres (3) meses de vencido el último lapso que se hubiere dado en ella para contestar cargos. Este lapso podrá prorrogarse en auto razonado por un lapso que no excederá de tres (3) meses, previa autorización del Director General de los Servicios Jurídicos (artículos 58, RLOCGR, y 73, RICGR).

5. Dictará las decisiones a través de los abogados fiscales de la Dirección de Averiguaciones Administrativas, a quienes estén asignadas las causas, lo cual no obsta para que el titular de esa Dirección, a su determinación o a solicitud del Director General del Organismo Contralor, también dicte actos decisorios en la materia (artículos 15, ordinal 4º, y 17, RON3).

6. Realizará las decisiones atendiendo a lo siguiente: identificación del investigado; breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; razones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión; y declaración de res-

ponsabilidad administrativa o de absolución del investigado, o la de sobreseimiento del asunto (artículos 59 y 61, RLOCGR, 81, LOCGR, 74, RICGR, y 22, ordinal 4º, LOSPP). En algunas oportunidades, iniciado el proceso investigativo y si así se considera, porque queda legalmente a su elección, podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas, cuando el monto del presunto perjuicio no exceda de Bs. 100.000,00, lo cual no impediría que se remitan las actuaciones a otras autoridades que deban conocer de ilícitos civiles o penales, cuya ocurrencia se presuma, e incluso, que se realicen otras actuaciones con miras a recabar la documentación que deba enviarse (artículo 91, LOCGR).

7. Dictará sobreseimiento en los siguientes casos: a) cuando al momento de iniciarse la averiguación hayan prescrito las acciones que pudieran derivarse de los hechos que le dieron origen; b) cuando haya fallecido el indiciado, y c) cuando existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la averiguación (artículos 60, RLOCGR, y 75, RICGR).

8. De ocurrir que la absolución se fundare en obediencia legítima debida del indiciado, abrirá la averiguación correspondiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico, cuyas órdenes propiciaron la irregularidad (artículos 76, RICGR, y 37, LOSPP).

9. Aplicará las multas en todo caso de responsabilidad (artículos 22, ordinal 4º; 33, 35, 36, 39, 40, 41, 42 y 51, LOSPP).

10. Cuando concluya la investigación, publicará en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, la decisión que en ella recaiga; y, cuando fuere procedente, el auto por el cual remita al Fiscal General de la República el expediente respectivo (artículo 28, LOSPP).

11. Oirá el recurso jerárquico, previsto para los casos de responsabilidad administrativa y ejercitable en el lapso de diez (10) días continuos siguientes a la fecha de haber sido notificado el interesado de la decisión impugnada. El escrito de recurso debe contener los mismos requisitos exigidos por los artículos 72 y 73 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es decir: identificación del recurrente y la decisión, domicilio de aquél, exposición de las razones de legalidad o de méritos, con el razonamiento respectivo, y la documentación que fuere menester (artículo 77, RLOCGR, ordinal 6º del artículo 6º, y ordinal 9º del artículo 11, RON3).

12. De quedar firme la decisión de responsabilidad administrativa, pasará el auto respectivo y demás documentos al funcionario competente, para que éste, en el término de treinta (30) días continuos aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito (artículo 84, LOCGR, y ordinal del 11, RON3).

III. *Aspectos adjetivos y sustantivos relacionados con la averiguación administrativa*

Como último punto creemos conveniente referir algunas consideraciones en cuanto a ciertos aspectos que se relacionan con el procedimiento administrativo y con la parte sustancial del mismo, a cuyo fin solo nos limitaremos, muy brevemente, a indicar lo siguiente:

1. Respecto de su *naturaleza*, la averiguación administrativa que compete a la Contraloría es un procedimiento administrativo, no jurisdiccional judicial, que se origina cuando se dan los supuestos de ley relativos a contravenciones o faltas administrativas y que, de concluir con una declaratoria de responsabilidad, además de la imposición de una multa, genera sanciones administrativas e inhabilitación en los términos que se prevén en nuestro sistema positivo legal.

2. La *responsabilidad política* que previamente declare el Congreso Nacional, no obsta para que la Contraloría General de la República, por su parte, declare la responsabilidad administrativa o conduzca el asunto investigado hacia otro tipo de decisión, menos la indicada en primer término, es decir, la política.

3. La normativa que rige las averiguaciones administrativas, priva ante el Código de Enjuiciamiento Criminal.

4. El artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no debe interpretarse taxativamente, en cuanto a las conductas irregulares allí previstas, en virtud de que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la propia Ley Orgánica de la Contraloría prevén otras conductas reprochables.

5. El solo hecho de la denuncia nos obliga a averiguar. Si versare ella sobre asuntos falsos o improcedentes, no se actuará, o, en este último caso, se remitirán las actuaciones a otros organismos cuando fuere procedente respecto de otros asuntos o materias.

6. La *circunstancia* de ser empleado de Hacienda, o extraño asimilado a tal, o el mero hecho de estar en un cargo público o en ejer-

cicio de la función pública, aunado ello a la autoría, por parte de tales sujetos, de actos u omisiones, o la ocurrencia de hechos irregulares a ellos imputables, hace procedente la averiguación administrativa cuando la infracción o contravención les resulte imputable y se cumplan otros supuestos legalmente establecidos.

7. El auto de responsabilidad administrativa debe individualizar a los culpables.

8. Incumbe al Organismo Contralor decidir acerca de los elementos probatorios que deben recabarse para averiguar la verdad de los hechos.

9. Los escritos de recursos concebidos en términos irrespetuosos e impertinentes no hacen viables tales recursos.

10. La decisión de la Contraloría, en materia de responsabilidad administrativa, debe reunir los extremos previstos jurídicamente como garantía para los administrados o destinatarios de ellos, fundamentalmente, la competencia y la motivación.

11. El descuido, olvido de precaución y la falta de atención configuran la *negligencia* administrativa. También la falta de cuidado en los deberes y obligaciones impuestos legalmente, la desatención o la ignorancia de hechos irregulares ocurridos en la propia gestión.

El *error*, en materia de conducta administrativa sancionable, semántica y jurídicamente, constituye la equivocación, que es lo mismo que yerro, desacierto o falsedad. De allí que resulta de difícil posibilidad su ubicación dentro del dolo. Se trata, el error, de un falso juicio de buena fe. Tampoco resulta de fácil posibilidad su encuadramiento dentro del ámbito de la culpa propiamente dicha.

La *omisión* implica un dejar de hacer o un hacer incompleto, la abstención o inejecución de algo en un oficio público.

12. La *no comparecencia a declarar*, de una persona, respecto de la cual obra una averiguación, no impide su declaración de responsabilidad.

13. La circunstancia de *desempeñar transitoriamente otro cargo público* no disculpa la conducta irregular.

14. No se enerva el derecho de defensa cuando el recurrente haya sido oído y haya tenido acceso al expediente o posibilidad de participar en el proceso.

15. La prescripción de la acción administrativa obliga a sobreseer.
16. Se agota la vía administrativa con ocasión de la decisión del recurso jerárquico, lo cual no obsta para que se interponga el recurso de revisión, que es de orden excepcional y obedece a razones concretamente establecidas en la Ley.
17. Los argumentos o razones considerados en el fallo recurrido no deben replantearse por el recurrente con miras a la consideración de ellos en la alzada.
18. La *obediencia legítima debida* debe revestir las formalidades legales para que prospere en favor de quien pretenda ampararse en ella.
19. La inexistencia de daño patrimonial no impide la averiguación administrativa, por no ser esencial el daño en la perquisición.
20. La *ausencia de dolo* no impide la declaratoria de responsabilidad administrativa. Tampoco la *no reincidencia* ni el *hecho de ser primogénito responsable*.
21. La abstención de seguir conociendo en materia de responsabilidad administrativa, según lo establece el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, queda a la discrecionalidad de ésta.
22. La potestad investigativa de la Contraloría se extiende a las empresas públicas.
23. Dentro del lapso para impugnar, debe el interesado exponer las razones de hecho y de derecho en que funde sus alegatos.
24. La *conducta precedente al hecho investigado* y declarado irregular no impide ni condiciona la decisión de culpabilidad.
25. La acción administrativa *prescribe* por cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta o finalización del último acto, si ella fuere continuada. La citación para la formulación de cargos y las diligencias de sustanciación posteriores a ella que impliquen una relación entre el ente investigado y el indiciado, interrumpen la prescripción de la acción administrativa. La prescripción procesal ocurre cuando acontece el tiempo igual al de la prescripción más la mitad del mismo. Cuando se trate de funcionarios públicos, la prescripción empezará a correr desde el cese en el cargo o función; si se tratare de empleados que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiere cesado o haya sido allanada.

IV. *Consideración ética*

En la labor investigativa que se ha señalado, antes que nada debemos empeñarnos porque se atienda a la razón de justicia, a la equidad cuando sea lugar, sin desatender, claro está, lo que nos informa la legalidad, el derecho estricto. Es menester la existencia de actos lícitos para precisar los autores ilícitos administrativos. Sin transgredir, deben revelarse los transgresores. Con base en juicios evidentes, es decir, ajenos a toda conjetura o suposición que, por ser subjetiva, engendra peligro, debe descubrirse la verdad, no en verdad de turno, circunstancial, o caprichosa, sino aquella que dicte la convicción serena, libre de prejuicios; aquella que será moralizadora para los que, aun sin dolo, desenfrenan su oficio fiscal.

Hay que ser útil en la ocupación; pero, por encima de ello, combatiente en la lucha contra los que, por razones varias, no adecúan su conducta en beneficio de la mejor suerte de los destinos hacendarios a ellos atribuidos. Si se protege el interés fiscal nos protegeremos a nosotros mismos; si se colabora en la acción declarativa del ilícito administrativo, estaremos del lado mejor, situados en el lugar donde siempre desearán vernos los que también participan de un sentimiento común en cuanto a lo malo y lo bueno, en cuanto a lo justo e injusto.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y LA LEY ORGANICA ¹

GABRIEL RUAN

El doctor Brewer hizo referencia a la clasificación de la responsabilidad de los funcionarios públicos que trae esta nueva Ley: responsabilidad administrativa, responsabilidad disciplinaria, responsabilidad civil y responsabilidad penal. Básicamente se basa esta distinción en tres criterios: a) en la naturaleza de la sanción, reflejada en sus efectos; b) en el órgano que la impone, muy importante este criterio, sobre todo para distinguir los tipos de responsabilidad administrativa, que son la responsabilidad administrativa propiamente dicha y la disciplinaria (en el caso de la responsabilidad administrativa se trata de un órgano administrativo externo, como sería la Contraloría en este caso, mientras que en la disciplinaria, es el superior jerárquico del funcionario); y c) por la finalidad, o sea la finalidad de la sanción, que difiere en cada uno de los supuestos de responsabilidad.

Por la naturaleza de la sanción, observamos que la responsabilidad administrativa da origen a una sanción pecuniaria, de multa o retención de remuneraciones; la responsabilidad disciplinaria a una sanción incidente sobre la relación de empleo o trabajo; la responsabilidad civil a una indemnización patrimonial y la responsabilidad penal a una sanción o pena privativa de la libertad.

De acuerdo con el órgano que la impone, observamos que las responsabilidades administrativa y disciplinaria son determinadas e impuesta la sanción correspondiente por órganos administrativos; mientras que las responsabilidades civil y penal son establecidas por órganos jurisdiccionales.

1. Comentarios verbales a la conferencia dictada por el doctor Allan R. Brewer-Carías.

Según la finalidad, observamos que la responsabilidad administrativa está encaminada a mantener la corrección y regularidad en la administración de bienes públicos, y no a resarcir al patrimonio del Estado; la responsabilidad disciplinaria, tiene por fin mantener la buena marcha del personal administrativo y la disciplina del cuerpo; la responsabilidad civil tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado, mediante un resarcimiento justo, y la responsabilidad penal tiende a preservar la ética y moralidad de los funcionarios de frente a la sociedad.

Prefiero entonces limitarme al aspecto de la responsabilidad civil en esta Ley. Para ello debemos ver, en primer lugar, el artículo 34. Dice ese artículo: "El funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder, cause daño al patrimonio público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legalmente pertinentes". Esta norma es equivalente al artículo 1.185 del Código Civil, en el sentido de que consagra una responsabilidad civil ordinaria de carácter extracontractual, pero en referencia a los funcionarios públicos y con respecto al Patrimonio Público. En ella destaca el elemento culposo, que es necesario para que esta responsabilidad pueda hacerse efectiva, o sea, para que pueda ser perseguible el funcionario por el daño que ocasiona su conducta.

No obstante, debemos señalar que la regulación es realmente insuficiente, porque la segunda parte del artículo prácticamente nos remite al derecho común; no obstante que hay muchas áreas oscuras en lo que se refiere a la responsabilidad de la administración. Dice este artículo simple y llanamente: "La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes". O sea, esto nos conduce al derecho en general, concretamente al derecho civil en esta materia.

La Ley trata dos especies de responsabilidad civil, básicamente: la responsabilidad por hecho ilícito y el enriquecimiento ilícito.

En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, entendemos que es una responsabilidad civil general, que debemos distinguir de las llamadas responsabilidades especiales. Porque también en materia de funcionarios públicos existen responsabilidades civiles que podríamos calificar como especiales, como son las responsabilidades de los empleados de Hacienda, que suponen en muchos de sus supuestos una responsabilidad objetiva, donde no se precisa establecer la culpa o reprochabilidad de la conducta del funcionario.

Mientras que en la responsabilidad general es menester establecer el criterio de culpa. Este elemento, creo yo, emerge claramente del señalamiento que hace la Ley a la intención, a la negligencia, a la imprudencia y al abuso de poder en la causación del daño al Patrimonio Público. No es una norma original, tiene sus antecedentes, los veo en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, aunque ese artículo es un poco más extenso, y en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

¿Cuáles serían algunos de los elementos más destacados? Ya hemos mencionado uno, el incumplimiento culposo de deberes inherentes al cargo. Este incumplimiento puede materializarse en intención, negligencia, imprudencia y abuso de poder. No menciona la norma, la impericia, pero tampoco podemos llegar a la conclusión de que quiso excluirla.

Lo que sí quedaría por definirse, y eso tocará a la jurisprudencia, es si toda culpa puede ocasionar esta responsabilidad o generarla. O sea, si es en todo caso una culpa grave o un dolo, o si puede llegar, incluso, a la culpa leve.

Esto no es algo que se me ocurre en este momento plantear. Esto es una vieja polémica doctrinaria en relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos. Muchos autores se han planteado la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan ser perseguidos individualmente cuando hay una responsabilidad grave, o sea, dolosa; porque deriva de una culpa grave en el cumplimiento de sus funciones, y eso, según han dicho esos autores, justamente para impedir la inhibición de los funcionarios públicos en el cumplimiento normal de sus funciones, que vayan a estar en tal forma prevenidos para cualquier actuación que prácticamente se limiten a una actuación sumamente pobre y no tengan iniciativa. Esto ha opinado un sector de la doctrina. Por eso se ha dicho que la culpa leve no debe ser objeto de persecución, en lo que a responsabilidad civil respecta. Esto no está definido, y como les digo, creo yo que corresponde a la jurisprudencia y a los intérpretes de esta Ley hacer la definición correspondiente. Como toda responsabilidad civil, el objetivo fundamental de ella es la reparación patrimonial. Lo que se pretende es restablecer el equilibrio patrimonial alterado en la Administración o en el Patrimonio Público. Y por supuesto, ella debe derivar de una condena jurisdiccional, a diferencia de la llamada responsabilidad administrativa o la responsabilidad disciplinaria; ella siempre debe ser el producto, a menos que consienta el funcionario, de una decisión jurisdiccional. Aun cuando el acto de declaración

de responsabilidad administrativa de la Contraloría General de la República no pueda imponerla, sigue siendo una declaración de que hay indicios de responsabilidad civil del funcionario y podría dar lugar a una medida de aseguramiento de bienes. Pienso que esto sería una de las cuestiones a interpretar, si la posibilidad de que el Contralor exija a un juez o solicite de un juez el aseguramiento de bienes para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos, pudiera ser aplicada también en el caso de la responsabilidad civil.

Frente a esta Ley, tenemos que plantearnos la posibilidad de dos acciones: la acción civil derivada de la comisión de un delito y la acción civil independiente, que no deriva de un delito sino de otro tipo de falta. En este caso tenemos una ambigüedad en la Ley y es la referente a cuál será el Tribunal competente para conocer de la llamada acción civil independiente.

El artículo 34 que les mencioné al comienzo, hace referencia a que la responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes. Pareciera entonces, que en caso de que no mediara la comisión de un delito, la jurisdicción competente, como lo ha sido hasta ahora, fuera la jurisdicción civil, para conocer de estas demandas civiles contra los funcionarios públicos. No obstante, hay otros artículos que nos inducen a confusión. El artículo 86, por ejemplo, referente al procedimiento, dice: “En los juicios que se sigan por la comisión de *los delitos* previstos en esta Ley y en aquellos para determinar la responsabilidad por hecho ilícito, los Tribunales se registrarán por las disposiciones del presente capítulo y, en su defecto, por el Código de Enjuiciamiento Criminal”. Aquí no parece distinguir y parece envolver dentro de la jurisdicción especial, tanto la responsabilidad civil derivada del delito, como la responsabilidad civil independiente.

En el artículo 100 se hace también referencia a este problema. Dice: “Se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al Patrimonio Público, por quienes resultaren responsables de las infracciones previstas en esta Ley. A estos efectos, el Tribunal practicará aun de oficio las diligencias conducentes a la determinación de la responsabilidad civil de quienes aparecieron como copartícipes en el delito...” (que parece estar referido, en este caso, a la llamada acción civil derivada del delito). En la sentencia definitiva, el juez se pronunciará sobre la responsabilidad civil del o de los enjuiciados. Nos lleva a pensar el lenguaje o la redacción de este artículo que sólo sería competente la juris-

dicción penal especial en caso de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Pero el artículo 115, ubicado dentro de las disposiciones transitorias nos vuelve a crear incerteza. Dice: "Los tribunales penales que para el momento de la entrada en vigencia de esta Ley estuvieren conociendo de juicios por la comisión de *Delitos* contra la cosa pública, seguirán conociendo los que fueren de su competencia de acuerdo con esta Ley, en caso contrario, los remitirán al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. De igual manera —dice la Ley— deberán proceder los tribunales civiles que estuvieren conociendo de juicios originados por la comisión de hechos ilícitos que hayan lesionado el Patrimonio Público".

Esto nos pone en la interrogante de saber si se refiere este artículo a los juicios que actualmente tienen los jueces civiles en su conocimiento por demanda de responsabilidad civil contra funcionarios públicos, que también deben ser pasadas al tribunal de salvaguarda, a fin de que éste lo distribuya en la jurisdicción especial creada por esta Ley.

Creo que aquí hay una incertidumbre, una ambigüedad que es necesario definir. Me imagino que la jurisprudencia lo hará. En mi criterio, pienso que debería corresponder a la jurisdicción especial, por supuesto, las acciones civiles derivadas de delito; o sea, las acciones civiles derivadas de las acciones penales. Y por aplicación de ese principio constitucional de que todos debemos ser juzgados por nuestros jueces naturales, si no hay la comisión de un delito, debería entonces quedar en la jurisdicción civil las acciones de responsabilidad contra los funcionarios públicos. Este podría ser un posible criterio interpretativo. No es único, por supuesto: pero creo que la ambigüedad de estas normas nos permiten tener esta interrogante en este momento.

Por lo demás, quisiera hacer un breve comentario general acerca de la Ley. Yo diría que más que jurídico, político. Veo que realmente existe una carga emocional en esta Ley. Tal vez es el momento que la ocasiona. Esto pareciera, llevando los términos a otro nivel, un operativo legislativo, y los operativos en Venezuela son algo así como hacer de una vez lo que no se ha hecho en mucho tiempo. Creo que pretender que una Ley como esta va a resolver el problema de la corrupción, es un poco difícil de entender. Parece que el problema es más humano que legislativo. Muchas veces, las leyes cuando exceden la rigurosidad, la severidad y el temor que pueden infundir, pueden, incluso, ocasionar su inaplicación. Es una de las posibles consecuencias. Otra, la paralización administrativa. Dado que vivimos un momento de desempleo, puede ser que no haya deserción, pero habrá paralización.

Recuerda esta legislación a esas legislaciones de los Estados socialistas en materia de delitos económicos, de severidad y rigurosidad realmente excesivas, tal vez propias de la pasión de un momento revolucionario. Creo que tocará a la jurisprudencia y a la Contraloría General de la República tener mucha prudencia y evitar que esta Ley se convierta realmente en un instrumento de "cacería de brujas".

Aquí hay muchos funcionarios públicos honorables. El hecho de que haya un grupo de funcionarios que hayan hecho indigna la función, no quiere decir que se convierta la aplicación de esta Ley Orgánica en una persecución sin sensatez. Por eso mi mensaje final es pedirle a los que apliquen e interpreten esta Ley, cordura, prudencia, sensatez, y sobre todo, mucha justicia.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS *

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

SUMARIO

I. INTRODUCCION

II. LA REGULACION LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS VICISITUDES DE LA LEY ORGANICA

1. Característica general de la responsabilidad de los funcionarios públicos: las consecuencias. 2. La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos. 3. La regulación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y devuelta al Congreso por el Presidente de la República. A. Los casos de responsabilidad administrativa sin sanción. B. Los casos de responsabilidad administrativa con sanción. C. Los casos de responsabilidad administrativa, con sanciones, por ilícitos administrativos derivados de la propia ley. 4. La determinación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y sus consecuencias. 5. Los supuestos de responsabilidad administrativa y los ilícitos penales.

III. LOS SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1. Las personas que ejerzan funciones públicas. A. Funcionarios al servicio del Poder Legislativo. B. Funcionarios al servicio del Poder Judicial. C. Funcionarios de la Administración Central Nacional. D. Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional-Estatal. E. Funcionarios de las Administraciones con autonomía funcional. F. Funcionarios de las Administraciones estatales. G. Funcionarios de las Administraciones municipales. 2. Los altos directivos de las entidades descentralizadas con forma de derecho privado. 3. Los particulares en los casos previstos en la Ley.

IV. LOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Los supuestos específicos. A. La violación de deberes de sana administración. a. El endeudamiento no autorizado. b. El manejo ilegítimo de cuentas bancarias. c. El sobre-

* Este trabajo fue publicado en la edición de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 2, Caracas, 1983, pp. 7 a 77.

giro bancario. d. La disposición o uso indebidos o ilegales de fondos o bienes públicos. e. La expedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo. f. El ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos. g. El despilfarro. a'. La realización de gastos innecesarios. b'. La realización de gastos a precios superiores al mercado. c' Las faltas de mantenimiento de bienes. h. La negligencia en las defensas jurídicas. B. La violación de deberes derivados de la aplicación de la ley. a. Violación de la obligación de declarar el patrimonio. a'. La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos. b'. La responsabilidad administrativa de otras personas particulares. b. Violación de la obligación de presentar una declaración sincera. c. Violación de la obligación de presentar documentos de comprobación de la declaración jurada. d. La obstrucción de diligencias en las investigaciones. e. Violación de la obligación de retener pagos. 2. Supuesto general subsidiario. A. La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad disciplinaria. B. La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad administrativa sancionados en otras leyes. C. La aplicabilidad del supuesto general y los casos de ilícitos penales previstos en la LOSPP. 3. La concurrencia de ilícitos administrativos y la adición de las sanciones administrativas. 4. La conversión de las multas administrativas en arresto.

V. LA DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1. La competencia de la Contraloría General de la República. 2. El procedimiento administrativo. A. Iniciación del procedimiento: acto de apertura. B. El expediente. C. La sustanciación del procedimiento. a. La obtención de pruebas documentales. b. La prueba testimonial. a'. La citación. b'. La obligación de comparecer. c. Valor de las pruebas. D. La audiencia del interesado. E. Carácter secreto. 3. La decisión. A. Contenido de la decisión. B. Requisitos de la decisión: la comprobación de los hechos. C. La apreciación de los hechos: discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados. a. El poder discrecional en la aplicación de las sanciones. a'. Límites a la discrecionalidad. a". La proporcionalidad. b". La adecuación a la situación de hecho. c". La finalidad. d". La formalidad. e". La igualdad. b'. Criterios legales para la aplicación de las sanciones. b. La calificación de los hechos y los conceptos jurídicos indeterminados. D. Formalidades de la decisión. a. La motivación de la decisión. b. La exteriorización del acto. E. Consecuencias de la decisión: la responsabilidad disciplinaria. a. La violación de deberes disciplinarios como consecuencia de la responsabilidad administrativa. a'. La violación del deber de velar por los intereses de la Administración. b' La violación del deber de velar por el patrimonio del Estado. b. Oportunidad y autoridad competente, para aplicar la sanción disciplinaria. c. Las sanciones disciplinarias y su impugnación.

I. INTRODUCCION

Puede decirse que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público publicada el 23 de diciembre de 1982, es una Ley reguladora de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Ello se confirma, no sólo por su contenido regulador de la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria de los funcionarios o empleados públicos, sino del mismo hecho que la propia Ley Orgánica, en su artículo 109, deroga expresamente la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos de 1912 y la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos de 1964. Por ello, bien podría denominarse esta Ley: Ley sobre Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.

Por tanto, en realidad, no puede decirse que esta Ley sea sólo una ley penal, con exclusivo carácter punitivo. La Ley Orgánica, insisto, no sólo regula la responsabilidad penal de los funcionarios, sino que, en general, regula la responsabilidad de los funcionarios públicos, tanto penal, como civil, administrativa y disciplinaria. Esto lo confirma, además, el artículo 1º, cuando dice que "la Ley tiene por objeto prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública". El enriquecimiento ilícito se configura, en la Ley, tanto como una fuente de responsabilidad civil del funcionario como de responsabilidad penal y luego dice, el mismo artículo: que la ley tiene por objeto "hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos". Por ello decimos que el objeto de la Ley, en definitiva, es la regulación de la responsabilidad de los funcionarios públicos, prevista por lo demás, en sus cuatro vertientes, también, en los artículos 55 y 56 de la Ley de Carrera Administrativa.

La Ley parte, por supuesto, de los principios constitucionales en la materia.

En efecto, es un principio fundamental del ordenamiento constitucional venezolano, el de la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria de los funcionarios públicos por todos los actos que realicen en ejercicio de sus funciones y en los cuales violen la Ley, abusen de su

poder y violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución.

En tal sentido, los artículos 46 y 121 de la Constitución establecen lo siguiente:

Artículo 46. Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que los ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

Artículo 121. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de ley.

Se consagra así, constitucionalmente y con carácter general, la responsabilidad personal e individual de los funcionarios o empleados públicos y de todos los servidores del Estado que ejerzan el Poder Público; principio que ha reafirmado el propio texto constitucional respecto del Presidente de la República y los Ministros del Despacho Ejecutivo en sus artículos 192 y 196.

La norma del artículo 121, sin embargo, es más general que la del artículo 46, pues ésta se reduce a consagrar la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios y empleados públicos que ordenen o ejecuten actos del Poder Público "que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución". Se trata, en efecto, de un tipo muy específico de responsabilidad derivada de violaciones a los derechos y garantías constitucionales, por lo cual la norma, en realidad, no es el fundamento de todas las responsabilidades de los funcionarios.

Ahora bien, esta consagración constitucional de la responsabilidad individual de los funcionarios o empleados públicos se refiere a todas aquellas personas que ejerzan el Poder Público en cualquiera de sus ramas, y no se limita a los del Poder Nacional.

Por otra parte, no sólo se refiere a los funcionarios que ejerzan funciones ejecutivas, sino también a los que ejerzan funciones legislativas y judiciales. Es decir, se abarca con el principio, a todos los servidores del Estado, tanto a nivel nacional, como estatal y municipal, y a los que en esos niveles ejercen funciones ejecutivas, legislativas o judiciales.

Los artículos 46 y 121, en este sentido, son claros y terminantes: la responsabilidad surge respecto de "Todo acto del Poder Público" (Art. 46) y con motivo del "ejercicio del Poder Público" y, por tanto,

abarca a todos los funcionarios o servidores públicos de cualesquiera de las ramas del Poder Público tanto del Poder Nacional, como del Poder de los Estados o del Poder Municipal. La Consagración de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, por tanto, abarca a los que presten servicios a la República, a los Estados y a las Municipalidades y a cualesquiera otras entidades de derecho público (institutos autónomos, por ejemplo) que ejerzan el Poder Público en forma descentralizada, sea en funciones ejecutivas, legislativas o judiciales.

Pero además de los artículos 46 y 121 de la Constitución, el artículo 220 del texto fundamental, al definir las competencias del Ministerio Público le atribuye la de intentar las acciones tendientes a hacer efectiva “la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria” en que hubieren incurrido los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, lo cual confirma el universo de la responsabilidad de éstos.

Estas cuatro vertientes de la responsabilidad de los funcionarios públicos, por otra parte, se consagraron en la Ley de Carrera Administrativa desde 1970, cuyo artículo 55 establece el principio de que “los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones”.

Ahora bien, al consagrarse el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos en los artículos 46, 121 y 220 de la Constitución, el constituyente no ha establecido excepciones ni ha permitido, en forma alguna, que el legislador ordinario establezca excepciones a dicha responsabilidad individual. La responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos se ha regulado así, en la Constitución, como una materia de *reserva constitucional*, que sólo el constituyente puede regular y que el legislador no puede restringir.

En esta forma, es la propia Constitución la que ha establecido una excepción al principio general que ella prevé respecto de la responsabilidad individual de los funcionarios o servidores públicos, al establecer el principio contrario de la irresponsabilidad de los Senadores y Diputados *por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones*. En tal sentido, el artículo 142 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 142. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los Senadores ni a los Diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos.

Esta excepción constitucional al principio, también constitucional, de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos o de los servidores del Estado que en cualquier forma ejerzan el Poder Público en cualesquiera de sus ramas y en cumplimiento de cualesquiera de las funciones estatales, es sin duda, una "prerrogativa constitucional", la cual, como tal, sólo corresponde a los Senadores y Diputados al Congreso Nacional, y no puede extenderse ni a los Diputados a las Asambleas Legislativas ni mucho menos a los Concejales de los Municipios. El fundamento de esta irresponsabilidad de los Senadores y Diputados nacionales consagrada en el artículo 142 de la Constitución, es la garantía de la independencia requerida por éstos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, particularmente en la tarea de control de la Administración Pública que corresponde a las Cámaras Legislativas.

Se trata, por tanto, de una excepción constitucional al principio de la responsabilidad individual de los servidores públicos, que se fundamenta en la naturaleza deliberante y de control del órgano a través del cual se ejerce la soberanía popular.

La consecuencia de este principio de la reserva constitucional es que el legislador no puede establecer excepciones respecto de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Por ello, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, al establecer la irresponsabilidad de los concejales, incurrió en una violación directa de la Constitución, razón por la cual dicha norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en 1980.

En efecto, el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía lo siguiente:

Artículo 51. No podrá exigirse a los Concejales responsabilidad en ningún tiempo por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo al Reglamento Interno.

Este artículo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al establecer la irresponsabilidad de los concejales, sin duda, era inconstitucional, pues violaba el contenido de los artículos 46 y 121 de la Constitución en los cuales se establece el principio contrario: el de la responsabilidad de los funcionarios o servidores del Estado en todos los niveles del Poder Público. Tal como se dijo, esos artículos no admiten excepciones, y la sola excepción contenida en el artículo 142 del texto fundamental, también

es de orden constitucional. Al establecer una ley, por tanto, una excepción no prevista en la Constitución en una materia que es reserva constitucional, esa ley está viciada de inconstitucionalidad, lo que ha sucedido con el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por otra parte, la inconstitucionalidad en que incurrió la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 51, además, no tenía justificación de ninguna naturaleza ni podía tener una motivación similar a la que llevó al constituyente a consagrar la irresponsabilidad de Senadores y Diputados.

En efecto, no debe olvidarse que conforme a lo establecido en la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal, los Concejos Municipales no sólo tienen carácter "deliberante y normativo", sino "administrativo" (artículo 30). Por tanto, los Concejos Municipales, además de ser los órganos deliberantes y de legislación local o municipal, en cuyo carácter dictan actos normativos, como las Ordenanzas y actos de control político local son también órganos administrativos, en cuyo carácter dictan actos administrativos de efectos particulares, relativos a casos concretos, que pueden lesionar derechos e intereses particulares y mediante lo cual puede quedar comprometida la responsabilidad de la Municipalidad; así como dictar actos administrativos o realizar hechos que pueden comprometer la responsabilidad de los concejales frente al Municipio. Es un contrasentido inadmisibles en un Estado de Derecho, donde la administración municipal está cuestionada y en crisis, que la Ley Orgánica de Régimen Municipal viniera a establecer, formalmente, la irresponsabilidad de los concejales. Lo que se imponía, en realidad en la necesaria reforma del régimen local, era el principio contrario: prever la responsabilidad de los concejales por las violaciones de ley y abuso de poder en que incurrían con frecuencia, como un medio adecuado para adecentar la institución municipal.

Por lo expuesto, no había duda en considerar que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal era inconstitucional, pues al establecer la irresponsabilidad de los concejales, violaba directamente lo establecido en los artículos 46 y 121 de la Constitución, en los cuales se establece, sin posibilidad de que el legislador prevea excepciones, el principio de la responsabilidad individual de los funcionarios o empleados públicos o al servicio de todas las ramas del Poder Público y en ejercicio de todas las funciones públicas, entre las cuales están, sin la menor duda, los concejales.

De allí, la decisión de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de fecha 15 de abril de 1980 (véase en *Revista de Derecho Público*, N° 2, Caracas, 1980, pp. 98 y siguientes), en la cual declaró la inconstitucionalidad de esa norma en base a los siguientes argumentos:

“En ese sentido, la Corte observa que el artículo transcrito consagra el principio de la irresponsabilidad de los Concejales por los actos cumplidos en ejercicio de sus funciones, entre los cuales además de los deliberantes y normativos, se encuentran los relativos a la administración del erario municipal, con lo cual el legislador contraría en esa forma el principio constitucional opuesto de la responsabilidad civil, penal y administrativa de todos los servidores del Estado, salvo la única excepción, como ya se dijo, de los Senadores y Diputados, a quienes la Constitución de modo expreso libera de responsabilidad en los términos previstos en su artículo 142 y por los justificados motivos, antes sucintamente enunciados”.

“Es manifiesto, por lo tanto, que el citado artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, colide abiertamente con los artículos 46 y 121 de la Constitución por lo que la nulidad del primero de los citados debe ser declarada de conformidad con lo previsto en el ordinal 3° del artículo 215 de la propia Constitución, y ordinal 1° del artículo 42, en concordancia con el artículo 43, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.

En conclusión, por tanto, puede señalarse que la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios públicos tiene fundamento constitucional, y la misma sólo puede tener las excepciones que el texto fundamental establezca. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público ha venido, así, a desarrollar los principios constitucionales mencionados, al regular las responsabilidades de los funcionarios públicos.

II. LA REGULACION LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LAS VICISITUDES DE LA LEY ORGANICA

1. *Característica general de la responsabilidad de los funcionarios públicos: las consecuencias*

Ahora bien, la característica general de todas las responsabilidades de los funcionarios públicos es que en cada caso se trata de una situación jurídica establecida por el ordenamiento jurídico, en la cual se encuentran los funcionarios públicos, como sujetos de derecho, que deben sufrir

las consecuencias de un hecho que les es imputable y que, en general, causa un daño. En otros términos, la responsabilidad es la obligación de aquel a quien por cualquier título, incumbe sufrir las consecuencias de un hecho dañoso.

Por tanto, no puede haber una regulación completa de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico, si no se prevén las consecuencias de la misma.

En tal sentido puede decirse que la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios públicos había estado tradicionalmente regulada en el ordenamiento jurídico, pero ello no había sucedido respecto de la responsabilidad administrativa.

En efecto, la responsabilidad civil, impone al obligado la consecuencia fundamental de resarcir o reparar los daños causados. El responsable civilmente, debe restablecer las cosas a la situación que tenían antes de producirse el daño, y cuando ello no es posible, debe indemnizar los daños y perjuicios causados. Esta responsabilidad civil de los funcionarios públicos, frente al Estado o a los particulares, ha estado regulada básicamente en el Código Civil y en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

En cuanto a la responsabilidad penal, consiste en la situación jurídica en la cual se encuentra una persona, razón por la cual debe sufrir las consecuencias de un hecho calificado por la ley como delito, que le es imputable en concreto, por su dolo o culpa, y que consiste en una pena y en la reparación del daño causado por aquél. Esta responsabilidad penal de los funcionarios públicos había estado tradicionalmente regulada en el Código Penal, particularmente, en los delitos contra la cosa pública.

Por su parte, la responsabilidad disciplinaria es la derivada del incumplimiento, por los funcionarios públicos, de los deberes específicos que se derivan de una relación especial de sujeción establecida por la función pública. Esta responsabilidad produce como consecuencia la imposición, por los superiores jerárquicos, de sanciones disciplinarias reguladas, en general, en la Ley de Carrera Administrativa y otras leyes especiales.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, éste surge en los casos de inobservancia o violación por parte de funcionarios públicos y de particulares, de normas legales y reglamentarias que regulan sus relaciones con la Administración Pública. La causa de la responsabilidad administrativa es la violación de norma legal o reglamentaria, lo que

provoca un ilícito administrativo, que coloca al sujeto de derecho que incurre en el mismo, en la situación de sufrir determinadas consecuencias sancionatorias previstas en la ley.

Esta responsabilidad administrativa surge, por tanto, por actuaciones contrarias a derecho, aunque las mismas no hayan producido daño concreto. Por supuesto, si se ha producido un daño, surge también la obligación de repararlo.

Como se dijo, la responsabilidad administrativa no solo incumbe a los funcionarios públicos sino también a los particulares, por violación de las normas que regulan sus relaciones con la Administración. Así, en multitud de leyes especiales reguladoras de esas relaciones, se establecen muchos casos de responsabilidad administrativa y sus consecuencias sancionadoras, muchas de ellas, de carácter pecuniario (multas).

En relación a la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y sus consecuencias sancionadoras, ésta no había tenido en el ordenamiento jurídico venezolano una regulación global. Algunas leyes especiales habían previsto sanciones por violación de sus normas por los funcionarios, pero ello no había sido de carácter general. Debe destacarse aquí, sin embargo, la reciente regulación general de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que establece una sanción administrativa pecuniaria por los casos de omisión, retardo o violación de normas de procedimiento administrativo por los funcionarios públicos (Art. 100).

Sin embargo, hasta que se dicta la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y salvo disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, previsivas de supuestos de responsabilidad de los funcionarios de Hacienda, no había habido una regulación completa de la responsabilidad administrativa y sus consecuencias sancionadoras, en relación al manejo de los fondos públicos, es decir, a la administración de los fondos del Estado. Precisamente, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público era el cuerpo normativo llamado a regular coherente e integralmente la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos y sus consecuencias. He allí la falla fundamental que tenía la Ley Orgánica sancionada por las Cámaras Legislativas en julio de 1982 y devuelta por el Presidente de la República al Congreso, para su revisión: la previsión del principio de la responsabilidad administrativa, pero sin consecuencias sancionatorias generales, salvo algunas excepciones específicas.

Responsabilidad sin consecuencias, no es auténtica responsabilidad, por lo que en materia de responsabilidad administrativa, la Ley vigente, después de la revisión por el Congreso, prevé siempre sus consecuencias, particularmente, las sanciones pecuniarias (el pago de una suma de dinero) y otras consecuencias como la privación de facultades o de derechos (retención de sueldo, por ejemplo).

2. *La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos*

Por ello, la propuesta central que formulamos en noviembre de 1982 ante la Comisión Bicameral que estudió las observaciones del Presidente de la República en relación a la Ley sancionada, en el sentido de que debía realizarse una reforma de la Ley Orgánica, en varias partes, para darle coherencia a la regulación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos.

Insistamos, para explicar nuestra posición, en la noción de responsabilidad administrativa. Esta se origina en la inobservancia de cualquier deber previsto en las leyes o reglamentos. Ese incumplimiento origina lo que se denomina el ilícito administrativo. Respecto a los funcionarios, es la causa de la responsabilidad del transgresor hacia el ente titular del interés que se tutela, que es la propia Administración. Una característica general de esta responsabilidad es que sólo surge cuando hay violación de ley o reglamento, o sea, se trata de una consecuencia de la ilegalidad, de la transgresión de una norma. Surge, por tanto, de hechos o actos contrarios a derecho, expresión que es de rango constitucional (Art. 206), aun cuando el acto o hecho no haya producido daños al ente público, o a un particular.

Por tanto, basta la transgresión de la norma para que se origine la responsabilidad administrativa. Por supuesto, si del acto o hecho surgieron daños, se origina también la obligación de repararlos pero por la vía de responsabilidad civil, no por la de la propia responsabilidad administrativa.

No creo que sea necesario en esta exposición, insistir en las diferencias entre la responsabilidad penal y administrativa. Basta sólo dar algunas notas referenciales. Por ejemplo, la responsabilidad administrativa puede comprometer a las personas morales; en cambio, en principio, la responsabilidad penal sólo incumbe a las personas naturales. Por otra parte, normalmente, en materia de responsabilidades administrativas, no hay legalmente previstos atenuantes o agravantes, como sucede en la

responsabilidad penal, donde deben estar previstos expresamente en la ley. En materia administrativa, lo normal es que las circunstancias agravantes se dejan a la libre apreciación de la Administración que va a tutelar la violación de la norma. Por eso siempre se habla en la aplicación de sanciones administrativas, que ellas se adoptan "según la gravedad de la falta". Esta queda a la libre apreciación de la Administración, en ejercicio de un poder discrecional el cual, por supuesto, tiene límites.

Por otra parte, en materia administrativa, la responsabilidad casi siempre origina una consecuencia, que es la sanción pecuniaria la cual, a su vez, origina una obligación patrimonial. Ha habido dudas en la doctrina en cuanto a si las multas administrativas pueden o no convertirse en arresto, e inclusive, se ha señalado que, precisamente, esta es una de las diferencias entre la responsabilidad penal y la administrativa: esta última, si produce como consecuencias sanciones pecuniarias, éstas no deberían convertirse en arresto; en cambio, en la responsabilidad penal, el principio es el de la conversión en arresto de las multas que se impongan como penas. El problema, en todo caso, parece ser de conveniencia legislativa, y en Venezuela, la tradición ha sido la de prever la conversión de las multas administrativas en arresto. En este sentido, el sistema de sanciones establecido en los casos de responsabilidad administrativa, ha previsto que sólo se conviertan las multas en arresto, excepcionalmente, es decir, sólo cuando haya insolvencia, o sea imposible cobrar la multa.

Ahora bien, la regulación de la responsabilidad administrativa, en la Ley Orgánica sancionada en julio de 1982 y devuelta por el Presidente de la República al Congreso, no estaba bien estructurada, y nuestra propuesta general a la Comisión Bicameral Especial que la estudió, tendió a que reguláramos esa responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Para formular nuestra propuesta y fundamentar los cambios introducidos, debemos examinar cómo estaba regulada la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982, y cómo se regulaba también en dicha Ley Orgánica sancionada en julio de 1982, la determinación de esa responsabilidad.

3. *La regulación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y devuelta al Congreso por el Presidente de la República*

La Ley sancionada en julio de 1982 regulaba la responsabilidad administrativa en tres formas distintas: en algunos casos, establecía su-

puestos de responsabilidad sin consecuencias, es decir, sin sanciones, y en otros casos aislados, regulaba la responsabilidad administrativa con sanciones específicas, sea por violaciones de determinados deberes administrativos genéricos o de algunos que la propia ley establecía.

A) *Los casos de responsabilidad administrativa sin sanción*

En primer lugar, debe señalarse que el artículo 31 de la Ley sancionada en julio de 1982, equivalente al artículo 32 de la Ley vigente, establecía el principio correcto de la previsión de la responsabilidad administrativa, pero, incorrectamente, sin consecuencias. Esa norma, en efecto, señalaba que “los funcionarios responden administrativamente por sus actos, hechos y omisiones contrarios a disposiciones legales o reglamentarias”. Es la definición precisa, agregando que la responsabilidad administrativa es independiente de la penal y civil. Sin embargo, la regulación legal quedaba allí, al no prever consecuencias. Se trataba aquí, de una regulación sin consecuencias al no preverse la sanción administrativa.

El segundo caso de responsabilidad administrativa era el supuesto regulado en el artículo 33, que era de carácter específico: “Incurrir en responsabilidad administrativa —decía— los funcionarios que sin estar previa y legalmente autorizados para ello y sin disponer presupuestariamente de recursos necesarios, efectúen gastos o contraigan deudas que puedan comprometer o afectar la responsabilidad de la República”. Se trataba de una responsabilidad administrativa concreta, por una violación legal específica, ahora regulada en el artículo 35, pero prevista, antes, también en forma incompleta porque no había sanción expresa para ese supuesto de responsabilidad. Ahora sí la hay: multa.

El tercer caso de responsabilidad administrativa estaba regulado en el artículo 34 de la Ley sancionada en julio de 1982. También aquí se trataba de una conducta y una situación específica que originaba responsabilidad administrativa para el funcionario o empleado que, con fondos públicos, abriera cuentas bancarias a su propio nombre o al de un tercero, o depositara dichos fondos en cuenta personal ya abierta, o que se sobregirara en las cuentas de una u otras entidades bancarias que tuviera el Instituto o el ente confiado a su manejo o administración. Se trataba de un tercer supuesto de responsabilidad administrativa, ahora regulado en el artículo 36 de la Ley vigente, pero también donde no se preveía la consecuencia de la misma, pues no había sanción administrativa resultante. Ahora sí la hay: multa.

Un cuarto caso de responsabilidad administrativa era el regulado en el artículo 35 de la Ley sancionada en julio de 1982 que correspondía al funcionario público por haber ordenado un pago ilegal, sin perjuicio de la civil o penal. En esta norma, también se regulaba una responsabilidad administrativa, pero también sin sanción administrativa, es decir, sin consecuencias. Ahora sí la tiene en el artículo 37 de la Ley vigente: multa.

En esta forma, en la Ley sancionada había cuatro supuestos de responsabilidad administrativa, donde no se preveían consecuencias, es decir, donde no había sanción. Esto fue corregido, como se dijo, en la Ley vigente.

B) *Los casos de responsabilidad administrativa con sanción*

La Ley regulaba además, otros supuestos, de responsabilidad administrativa, pero en los cuales sí se preveían sanciones concretas.

El primer caso, era el supuesto del artículo 38, ahora artículo 39, que concierne a los que expidan certificados y constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de cualquier persona a su trabajo. En estos casos, se señalaba que "serán castigados con multa". Sin embargo, aquí la Ley sancionada incurría en una confusión, pues en realidad el artículo 38 decía que "serán castigados por su superior jerárquico con multa", y en realidad, este caso no debía ser un supuesto de responsabilidad disciplinaria exigible por el superior, sino de típica responsabilidad administrativa. En esta norma propusimos eliminar la mención al superior jerárquico y establecer la potestad sancionatoria de la Contraloría, como está en la Ley vigente. En todo caso, este es un supuesto de responsabilidad administrativa, en el cual sí había una consecuencia: una multa, aun cuando incorrectamente regulada como de carácter disciplinario, cuando en realidad era de orden administrativo, tal y como ha quedado en la Ley vigente.

El otro supuesto de responsabilidad en el cual también había consecuencias, era el caso del artículo 39, ahora 40, que concierne a los funcionarios que oculten o nieguen a los usuarios las planillas y formularios cuyo suministro corresponde a la Administración. En estos casos se prevé la imposición de una multa, como consecuencia de la responsabilidad.

Ahora bien, en los seis supuestos mencionados (artículos 31, 33, 34, 35, 38 y 39 de la Ley sancionada en julio de 1982) todos dentro del título de "Responsabilidad Administrativa", sólo estos dos últimos con-

sagraban sus consecuencias o sanciones, y los otros cuatro no la consagraban. En la Ley vigente sí se prevén sanciones (Arts. 32, 35, 36, 37, 39 y 40).

El tercer y cuarto supuestos de responsabilidad administrativa se derivaba de la competencia atribuida al Contralor General de la República para sancionar a las personas que omitieran hacer la declaración jurada en el término legal o que no presentaren en el término que se les fijare los documentos pedidos para comprobar la sinceridad de las mismas, regulado en el artículo 18 de la Ley sancionada en julio de 1982, equivalente al artículo 19 de la Ley vigente. En ambos casos se preveía y se prevé la aplicación de una multa.

El quinto supuesto de responsabilidad administrativa estaba previsto en el artículo 19 de la Ley sancionada en julio de 1982 (Art. 20 de la Ley vigente) al regular la aplicación de multas a los ordenadores de pago que infrinjan determinadas disposiciones de la Ley, que imponen retención de pago de remuneraciones como lo ya señalado, regulado en el artículo 10. En este caso, si a pesar de la retención ordenada, el pagador paga, el ordenador de ese pago era sujeto de una sanción pecuniaria. La ley vigente, extiende la aplicación de esta multa, también, a la violación de los supuestos que regula en los artículos 16 y 54.

El sexto supuesto de responsabilidad administrativa estaba regulado en el artículo 20 de la Ley sancionada en julio de 1982, equivalente al artículo 21 de la Ley vigente, que atribuye a la Contraloría la aplicación de multas a las personas que infrinjan o desacaten la resolución que les exija la declaración jurada o a los que impidan u obstaculicen la práctica de una diligencia que deba evacuarse en el procedimiento. Allí tenemos otros supuestos de responsabilidad con consecuencias: multa administrativa.

C) *Los casos de responsabilidad administrativa, con sanciones, por ilícitos administrativos derivados de la propia ley*

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, sancionada en julio de 1982, además, en toda su normativa dispersa, preveía otros siete supuestos de responsabilidad administrativa, pero por violaciones de los requisitos formales nuevos que la ley regulaba, en los cuales, en general, se preveían consecuencias sancionatorias.

En primer lugar, puede considerarse como un caso de responsabilidad administrativa y, por tanto, una sanción administrativa, la prevista en el artículo 10, respecto de los casos en los cuales no se hubiere presentado

la declaración jurada en el término señalado en la Ley. En este caso se prevé que se le retendrá al funcionario el pago de sus remuneraciones. Se trata de una consecuencia por incumplimiento legal. Aquí habría un supuesto específico de responsabilidad administrativa por violación de las obligaciones de esta ley, con su consecuencia.

El segundo supuesto era el previsto en el artículo 14 de la Ley sancionada en julio de 1982, y que equivale al 16 de la Ley vigente, que origina responsabilidad administrativa cuando no se acataren las exigencias adicionales que requiera la Contraloría General de la República en relación a las declaraciones juradas. Aquí se prevé, por incumplimiento a esta norma y a la exigencia de la Contraloría, la retención del sueldo, como consecuencia del ilícito administrativo.

Por último, también podía identificarse en el párrafo único del artículo 20 de la Ley sancionada en julio de 1982, equivalente, en la Ley vigente, a su artículo 14, un caso de responsabilidad administrativa de contratistas o extraños a la Administración a quienes se les requiera que presenten declaración jurada y no la cumplan, pudiéndoseles imponer multas. En este caso, habría responsabilidad administrativa aun cuando no respecto de funcionarios públicos, sino de particulares, lo cual es perfectamente posible.

4. *La determinación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y sus consecuencias*

Hemos visto los supuestos de responsabilidad administrativa y sus consecuencias en el texto de la Ley sancionada. Corresponde ahora estudiar quién y en qué forma se determinaba esa responsabilidad.

De acuerdo a la Ley, tal como estaba regulada la responsabilidad administrativa, se preveía la competencia de la Contraloría General de la República para su determinación, lo cual se establece también en la ley vigente. Por tanto, correspondía y corresponde a la Contraloría la determinación de la Responsabilidad Administrativa. Esta atribución se preveía indirectamente en el ordinal 5º del artículo 21 de la Ley sancionada en julio de 1982 que determinaba las competencias de la Contraloría, al señalar la de la apertura y sustanciación de las averiguaciones cuando tuviere conocimiento de que los sujetos sometidos a la ley estén presumiblemente incurso en algunos de los hechos que acarrearán responsabilidad. Además, también en forma indirecta, el artículo 5 precisaba que la determinación de la responsabilidad administrativa, de conformidad con la Ley, era competencia de la Contraloría.

Luego, del artículo 37 de la Ley sancionada en julio de 1982 también, indirectamente, se derivaba la competencia de la Contraloría para la declaración y determinación de la responsabilidad administrativa, al señalar que ello le correspondía respecto de las autoridades y empleados de los Estados y Municipios en materia de inversión ilegal de los fondos.

Por tanto, en la Ley había normas que permitían identificar claramente que era la Contraloría General de la República la competente para declarar la responsabilidad administrativa, en una decisión que debía ser pública.

Sin embargo, la falla global en la Ley sancionada en julio de 1982 en el caso de la responsabilidad administrativa y de la competencia de la Contraloría General de la República, estaba en que no preveía consecuencias de la responsabilidad administrativa para todos los supuestos, salvo los casos muy específicos, antes indicados. Por tanto, la violación de una norma en general, no acarrea consecuencias, no estando prevista tampoco la competencia general de la Contraloría en materia sancionatoria. En nuestro criterio, la decisión de Contraloría tiene sentido, como sucede ahora en la Ley vigente, si con la declaratoria de la responsabilidad se impone la consecuencia: la sanción. Por ello se corrigió, en la Ley vigente, la gran falla de la Ley sancionada en julio de 1982, mediante el establecimiento de normas que conllevan sanciones administrativas, particularmente de carácter pecuniario (Art. 33).

Por tanto, planteamos en la Comisión Bicameral mencionada que era indispensable que además de establecerse la responsabilidad administrativa y la competencia de la Contraloría General de la República para declararla, se regulara la consecuencia de ella: la multa administrativa o la sanción pecuniaria, además de la sanción disciplinaria que fuera procedente.

Ahora bien, en ausencia de esto, la consecuencia básica de la responsabilidad administrativa, era la sola declaratoria de responsabilidad por la Contraloría, lo cual, en nuestro criterio, no sólo no era conveniente, sino que hasta podía ser inconstitucional, por configurarse como una sanción infamante.

Antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en efecto, la consecuencia de la responsabilidad administrativa del funcionario era la sola declaratoria de la Contraloría de que el funcionario era responsable, la cual inclusive, antes de 1975, se

dictaba mediante un procedimiento violatorio de las garantías mínimas de la defensa.

La promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, vino luego a garantizar el derecho a la defensa, y en particular, el derecho a ser citado, y a que se le formulen cargos al indiciado. Antes esto no existía. Se iniciaba una investigación, se citaba a varias personas a declarar, inclusive al que se veía como indiciado, sin decirsele, como simple testigo, y luego, a esa persona se le dictaba un auto que lo declaraba culpable en lo administrativo por una serie de hechos o actos, y más nada. Esa era la decisión y esa era la consecuencia, por demás gravísima. La Ley no preveía consecuencias sancionatorias, con lo que la sola declaratoria de responsabilidad se convertía en una sanción y en un estigma del funcionario, que le quedaba para siempre.

Antes de 1970, además, la declaratoria de culpabilidad administrativa ni siquiera tenía consecuencias disciplinarias, por lo que cuando se declaraba la culpabilidad de un funcionario, el superior jerárquico del mismo no tomaba ninguna medida: ni lo destituía, ni lo amonestaba. Eso provocaba que la decisión de la Contraloría fuera inocua, sin consecuencias disciplinarias y con una sola consecuencia, que era la decisión en sí misma, que declaraba la responsabilidad. Además, ésta era igual para todos los que transgredieran una norma legal o reglamentaria, hubiera o no dolo en la conducta, con lo cual en muchos casos la consecuencia, era, en nuestro criterio, infamante.

Esta situación se ha venido corrigiendo. En primer lugar, la Ley de Carrera Administrativa de 1970 previó consecuencias disciplinarias para la declaratoria de culpabilidad administrativa al establecer, su artículo 62, como causal de destitución, "el auto de culpabilidad administrativa".

Luego, la sanción de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en 1975, mejoró el procedimiento administrativo para la determinación de las responsabilidades, estableciéndose las garantías para el funcionario, de manera que pudiera defenderse.

Sin embargo, no podía la Ley de Contraloría establecer las consecuencias sancionatorias de la declaración de responsabilidad administrativa porque no es ese el lugar para dicha regulación. Esta debía estar en las leyes especiales que prescribieran las conductas de los funcionarios y particulares. Por ello, precisamente, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio, vigente ahora, establece las consecuencias sancionatorias de las ilegalidades que originen responsabilidad administrativa conforme a sus prescripciones.

Sin embargo, como se dijo, ello no se hacía adecuadamente en la Ley sancionada en julio de 1982, pues en ella, básicamente, la consecuencia de la declaración de responsabilidad administrativa era la sola decisión de Contraloría. La falla de la Ley Orgánica sancionada en julio de 1982 en este campo, se confirmaba en algunas normas que establecían posibles consecuencias de la responsabilidad vinculadas con las atribuciones del Fiscal General de la República. En efecto, el artículo 27 de la Ley señalaba que si la averiguación administrativa "culmina con una declaratoria de responsabilidad", que tenía que ser administrativa, porque la Contraloría no podría declarar la responsabilidad civil o penal, y transcurrieren 30 días sin que se hubiere aplicado "la sanción administrativa" correspondiente, el Contralor General debía solicitar al Fiscal General para que interpusiera "la acción disciplinaria". En este artículo, la segunda expresión (acción disciplinaria) era la correcta, no así la primera (sanción administrativa). En realidad debía decir que, si no se hubiera aplicado la sanción disciplinaria debía solicitarse al Fiscal para que intentara la acción disciplinaria. Este artículo confundía la sanción disciplinaria con la administrativa, por lo que requería de un ajuste, lo cual se hizo en el artículo 29 de la Ley vigente.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que la sanción disciplinaria se impone por la Administración activa, es decir, por el superior jerárquico del funcionario como consecuencia de la declaratoria de la Contraloría; y si no se impone dicha sanción corresponde al Fiscal General intentar la acción para que se imponga, mediante el requerimiento ante la Administración activa.

Además, debe señalarse que el artículo 29 atribuía al Ministerio Público el ejercicio de las acciones penales, civiles y administrativas contra los funcionarios, pero no mencionaba las acciones disciplinarias, lo cual debía agregarse, como se hizo en el artículo 31, ord. 1º de la Ley vigente, eliminándose la mención respecto de la administrativa, pues en este caso la competencia del Ministerio Público se redujo a intentar la acción civil de cobro de las multas no canceladas (Art. 33, ord. 5º).

Otra norma que debe destacarse es la que preveía la posibilidad de que las sanciones disciplinarias que se impusieran fueran recurridas por ante el Tribunal de Carrera Administrativa, lo que confirma que en el caso del artículo 27, ahora artículo 29, la intención era regular el seguimiento de la responsabilidad disciplinaria y no de la responsabilidad administrativa.

Por ello, aun en estos casos de competencia del Fiscal General de la República, nos encontrábamos con un vacío. Tenía atribución "para intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad administrativa", pero ¿cómo?, si no se habían previsto las consecuencias. Sí estaba regulada la consecuencia de la responsabilidad disciplinaria, de la penal y de la civil, pero había un vacío en materia administrativa.

Ese vacío lo confirmaba el artículo 40 de la Ley sancionada en julio de 1982, que establecía que "para la imposición de sanciones disciplinarias se tomará en cuenta la gravedad de la infracción". En realidad, esta norma se refería a las sanciones administrativas, como ahora lo establece el artículo 43 de la Ley vigente y no a las disciplinarias, pues éstas están reguladas en la Ley de Carrera Administrativa, donde se regula cómo y cuál es la apreciación de la gravedad para imponer, por ejemplo, una amonestación o una destitución.

Precisamente, para corregir este defecto de regulación de la responsabilidad administrativa, se agregó respecto al texto de la Ley sancionada en julio de 1982, el artículo 32 y la norma del artículo 42 de la Ley vigente.

5. *Los supuestos de responsabilidad administrativa y los ilícitos penales*

Ahora bien, esta deficiente regulación de la responsabilidad administrativa en la Ley Orgánica sancionada en julio de 1982, y particularmente, la ausencia de consecuencias sancionatorias que la misma debía acarrear, provocó que en ese texto se hubieran previsto como ilícitos penales muchas conductas que, en realidad constituían ilícitos administrativos, pues se trataba de hechos de mala administración.

Esto evidenciaba una falla conceptual de la Ley que provocaba esta distorsión en la regulación. En particular, se destacaba el artículo 74 del texto sancionado en julio de 1982 y que penaba con prisión de tres (3) meses a un año una serie de conductas que constituían, realmente, ilícitos administrativos por hechos contrarios a normas de sana administración. La forma de corregir este exceso punitivo, era entonces mediante la reformulación de la responsabilidad administrativa, sus supuestos y consecuencias. Esta, puede decirse, fue la reforma fundamental que propusimos a la Comisión Bicameral Especial que estudió la devolución de la Ley sancionada en julio de 1982 por el Presidente de la República, lo que provocó, entre otros aspectos fundamentales, la inclusión del ar-

título 41 de la Ley vigente, en sustitución del 74 de la Ley sancionada en julio de 1982, transformando los ilícitos penales deformados, en ilícitos administrativos sancionables con multa.

III. LOS SUJETOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Tal como lo establece el artículo 32 de la Ley Orgánica incurren en responsabilidad administrativa los funcionarios o empleados públicos por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal reglamentaria.

Ahora bien, en principio, los sujetos de la responsabilidad administrativa en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, son los funcionarios o empleados públicos en los términos del artículo 2º de la Ley, es decir, las personas naturales a las cuales dicho artículo, a los efectos de la ley, considera como funcionarios o empleados públicos.

En tal sentido, pueden incurrir en responsabilidad administrativa conforme a la Ley Orgánica, en primer lugar todas las personas que estén investidas de funciones públicas; en segundo lugar, los altos directivos de las entidades administrativas descentralizadas con forma de derecho privado; y en tercer lugar, los particulares en los casos previstos en la Ley.

1. *Las personas que ejerzan funciones públicas*

El artículo 2, ordinal 1º de la Ley Orgánica considera, en primer lugar, como funcionarios o empleados públicos, a sus efectos:

A todos los que están investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades.

Este ordinal exige, por supuesto, algunos comentarios.

En primer lugar, la expresión "estar investido de funciones públicas" se utiliza en el sentido más amplio, de estar al servicio de un ente de derecho público, en calidad de empleado, como categoría contrapuesta a la de obrero, en ejercicio del derecho constitucional de desempeñar "funciones públicas", previsto en el artículo 112 de la Constitución. En

esta categoría se encuentra, por tanto, todo "funcionario o empleado público" en los mismos términos en los cuales se utiliza esta expresión en los artículos 46, 122 y 125 de la Constitución, y que abarca a los empleados que estén al servicio de la República, tanto en las Cámaras Legislativas como en los Tribunales y en los órganos de la Administración Central o Descentralizada Estatal con forma de derecho público, así como a los que estén al servicio de los Estados y Municipios, sean que las funciones las realicen en forma permanente o transitoria, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, nombramiento o contrato.

A) *Funcionarios al servicio del Poder Legislativo*

Por tanto, están sujetos a responsabilidad administrativa, en primer lugar, los funcionarios al servicio de las Cámaras Legislativas, lo cual comprende tanto los funcionarios electos, Senadores y Diputados, principales y suplentes, una vez juramentados, como aquellos funcionarios o empleados al servicio de las Cámaras Legislativas, regulados en el Estatuto de Personal del Congreso dictado por las Cámaras Legislativas, y que presten sus funciones sea por nombramiento o contrato, y sea que lo realicen en forma permanente, transitoria, remunerada o gratuita.

B) *Funcionarios al servicio del Poder Judicial*

En segundo lugar, están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios al servicio del Poder Judicial, lo cual comprende a los Jueces Titulares, sus Suplentes una vez juramentados, los Conjueces, así como los Secretarios y Alguaciles y a los otros funcionarios administrativos al servicio de los Tribunales.

C) *Funcionarios de la Administración Central Nacional*

En tercer lugar, están sujetos a responsabilidad administrativa, por supuesto, los funcionarios o empleados públicos de la Administración Central regulada en la Ley Orgánica de la Administración Central, es decir, al servicio de la Organización Administrativa integrada en el Poder Ejecutivo. En esta forma, básicamente estarían comprendidos en esta categoría, los funcionarios o empleados públicos de los Ministerios, de las Oficinas Centrales de la Presidencia y de los otros organismos de ésta, regulados en la Ley de Carrera Administrativa y a los cuales se destina, básicamente, el artículo 122 de la Constitución.

D) *Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional Estatal*

En cuarto lugar, también están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios de la Administración Descentralizada con forma de derecho público e integrada a la estructura general del Estado. Esto se deduce de la expresión “instituto o establecimiento público sometido por Ley a control de tutela o de cualquier otro tipo” por parte de los entes territoriales, es decir, en el ámbito nacional, por parte de la República.

En tal sentido, están sujetos a responsabilidad administrativa, en primer lugar, los funcionarios o empleados públicos de los institutos autónomos, es decir, de los establecimientos públicos institucionales, los cuales son los que están sometidos a control de tutela.

En segundo lugar, también están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios o empleados públicos de los otros establecimientos públicos, tanto corporativos como asociativos, sometidos a cualquier otro tipo de control por parte de los órganos de la República, es decir, de carácter estatal. Entre ellos, se destacan los funcionarios o empleados públicos de las Universidades Nacionales, como establecimientos públicos corporativos estatales que están sometidos a control del Consejo Nacional de Universidades; así como los de los establecimientos públicos asociativos sometidos a control accionario de la República, por tener participación decisiva en su capital, como serían el Banco Central de Venezuela, el Banco Industrial de Venezuela y el Banco de Desarrollo Agropecuario.

E) *Funcionarios de las Administraciones con autonomía funcional*

En quinto lugar, también están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios o empleados públicos de los organismos de la República que gozan de autonomía funcional, particularmente los de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público, del Consejo de la Judicatura y del Consejo Supremo Electoral.

F) *Funcionarios de las Administraciones estatales*

En sexto lugar, están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios o empleados públicos de los Estados de la República y de los institutos autónomos estatales. Entre los primeros, se encuentran los Diputados a las Asambleas Legislativas y sus suplentes, una vez jura-

mentados, el Gobernador, el Procurador, y el Contralor del Estado y los demás funcionarios o empleados públicos de las Gobernaciones Estadales y de los otros órganos administrativos estadales.

G) *Funcionarios de las Administraciones municipales*

Por último, también están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios o empleados públicos de las municipalidades del país, actualmente de los Concejos Municipales de los Distritos, sean los electos como concejales, sean los que identifica la Ley Orgánica de Régimen Municipal como el Administrador Municipal, el Síndico Procurador Municipal y el Contralor Municipal, sean todos los otros funcionarios o empleados públicos de órganos municipales, o de los Institutos Autónomos municipales.

2. *Los altos directivos de las entidades descentralizadas con forma de derecho privado*

Además de las personas que ejerzan funciones públicas en la República, los Estados o Municipios y en las entidades descentralizadas de los mismos con forma de derecho público, la Ley Orgánica en el artículo 2, ordinal 2º considera, a sus efectos, como funcionarios o empleados públicos y por tanto, sujetos a responsabilidad administrativa:

A los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4 de la Ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estadales, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

Esta norma exige también algunas precisiones.

En primer lugar, sólo se considera como funcionarios o empleados públicos a los efectos de la Ley y por tanto, sólo están sujetos a responsabilidad administrativa, los directores y administradores de las entidades mencionadas. En esta expresión "directores y administradores" debe comprenderse a los miembros de las Juntas Directivas ("directores") y a los altos funcionarios de los entes mencionados que tengan a su cargo la administración de las mismas ("administradores"), es decir, los gerentes y otros funcionarios con capacidad para comprometer la entidad.

En segundo lugar, la norma se refiere a los directores y administradores de las "sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas"... "estatales", lo cual comprende, por tanto, a las entidades descentralizadas del Estado o de los otros entes públicos con forma de derecho privado, compuestas por sociedades civiles, sociedades mercantiles y fundaciones. En realidad, fuera de estos casos, no hay otras personas jurídicas de derecho privado que puedan formar parte de la administración descentralizada.

En tercer lugar, el concepto de administración descentralizada de derecho privado "estatal" que hemos empleado, de acuerdo al ordinal 2º del artículo 2 de la Ley Orgánica, está compuesta por "las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado por aportes igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio", de las siguientes entidades que enumera el artículo 4 de la Ley:

1. Las entidades político-territoriales, es decir, la República (ord. 1º), los Estados y Municipios (ord. 2º).
2. Las entidades descentralizadas de derecho público, es decir, los institutos autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales la República, los Estados y Municipios tengan participación (ord. 3º).
3. Las entidades descentralizadas de derecho privado, que comprenden tres categorías:
 - A. Las empresas del Estado y sociedades civiles, es decir, las sociedades en las cuales la República, los Estados, los Municipios, los institutos autónomos y demás establecimientos públicos tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Por supuesto quedan comprendidas en esta categoría, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial de un sector de la economía nacional (ord. 4º).
 - B. Las sociedades en las cuales las empresas del Estado y las sociedades civiles enumeradas en la letra anterior, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (ord. 5º).

- C. Las fundaciones constituidas y dirigidas por las entidades político-territoriales y las entidades descentralizadas de derecho público o de derecho privado antes mencionadas, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas (ord. 6°).

Por tanto, el ámbito de aplicación de la Ley a los administradores y directivos de entidades descentralizadas de derecho privado, es bastante amplio. Así, están sujetos a responsabilidad administrativa los directores y administradores, por ejemplo, no sólo de las empresas del Estado en las cuales la República tenga participación decisiva, sino de las empresas en las cuales otras empresas del Estado tengan tal participación decisiva. En otras palabras, los directivos y administradores de las empresas, sociedades civiles o fundaciones constituidas por otras empresas del Estado, Fundaciones del Estado o Asociaciones Civiles del Estado, y en las cuales éstas tengan participación decisiva, están sujetos también a responsabilidad administrativa.

En todo caso, se trata de personas de derecho privado *estatales*, es decir, constituidas por los mencionados entes enumerados en el artículo 4° de la ley o que cuyo capital o patrimonio esté integrado con aportes de dichas entidades que constituyan un monto igual o mayor al 50 por ciento de dicho capital o patrimonio. Si se trata de una Fundación o de una sociedad civil constituida por particulares y la cual recibe de entes públicos donaciones o subsidios, sus directores o administradores no caerían en la categoría de funcionarios o empleados públicos a efectos de la ley.

En cuarto lugar, también están sujetos a responsabilidad administrativa, los miembros de las Juntas Directivas de empresas en las cuales entes estatales centralizados o descentralizados tengan participación inferior al cincuenta por ciento, siempre que sean nombrados por tales entes estatales.

3. *Los particulares en los casos previstos en la ley*

En tercer lugar, pueden incurrir en responsabilidad administrativa, los particulares, es decir, "cualquier otra persona, en los casos previstos en la ley" y que el ordinal 3° del artículo 2° considera como funcionarios públicos.

Si se analizan los diversos supuestos de responsabilidad administrativa, en efecto, resulta que es excepcional el caso en el cual particulares, que queden fuera de la calificación de funcionarios públicos

en los términos de los ordinales 1º y 2º de la Ley, queden incurso en responsabilidad administrativa. Ello resulta del solo hecho de que los artículos 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40 y 41 de la Ley, califica como sujetos de esos supuestos de responsabilidad administrativa, a funcionarios o empleados públicos.

En base a esto, en realidad, sólo podrían incurrir en responsabilidad administrativa los particulares a quienes se pida declaración jurada de bienes a los cuales se refieren los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica, y que infrinjan o desacaten la resolución, tal como lo establece el artículo 21, ordinal 1º de la Ley Orgánica, y quienes podrían ser multados.

Asimismo, podrían incurrir en responsabilidad administrativa y consecuentemente ser multados, los particulares que impidan u obstaculicen la práctica de alguna diligencia que deba evacuarse dentro del procedimiento para verificar la sinceridad de la declaración jurada de patrimonio presentada de conformidad con las disposiciones de la ley, tal como lo establece el artículo 21, ordinal 2º de la ley.

IV. LOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Tal como señalamos, la responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos queda comprometida por actividades contrarias a la legalidad. Por tanto, los supuestos de la responsabilidad administrativa, es decir, los ilícitos administrativos, son actuaciones contrarias a leyes o reglamentos. Así lo establece expresamente el artículo 32 de la LOSPP al indicar que "el funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria".

Ahora bien, a los efectos de la determinación de las sanciones administrativas, la LOSPP ha previsto diversos supuestos de la responsabilidad administrativa, unos específicos y otro genérico o subsidiario.

1. *Los supuestos específicos*

Los supuestos específicos de responsabilidad administrativa y de sus sanciones administrativas se regulan en la Ley en dos grandes categorías: por una parte, los supuestos derivados de la violación de deberes de sana administración; y por la otra, los supuestos derivados de la violación de deberes específicos previstos para la aplicación concreta de la Ley Orgánica.

A) *La violación de deberes de sana administración*

La LOSPP, sin duda, no constituye el primer cuerpo normativo que en nuestro ordenamiento establece, a través de la regulación de la responsabilidad administrativa, un conjunto de normas de sana administración. Léanse los artículos 140 a 146 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y se encontrarán allí, la mayoría de los supuestos previstos en la LOSPP. Lo novedoso de esta nueva Ley, sin embargo, está en la previsión de las consecuencias sancionatorias de la responsabilidad administrativa por la vulneración de estos principios de sana administración. La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se limitaba, al contrario, a establecer que los funcionarios de Hacienda respondían por una serie de conductas, pero no establecía las consecuencias sancionatorias, y sólo preveía la responsabilidad civil. Por ello, la regulación de la LOSPP, sin duda, constituye un aporte fundamental que debe destacarse, ya que hasta ahora, la ausencia de tales consecuencias sancionatorias había provocado el desarrollo de un sistema de mala administración. A pesar de que esas normas responden a principios generales de gerencia o de las ciencias administrativas, la falta de sanciones en el sector público, había provocado su abandono.

Ahora, la Ley recoge estos principios de sana administración, configurando en ilícitos administrativos, su violación por los funcionarios o empleados públicos. Estos principios pueden agruparse en ocho categorías, que dan origen a nueve ilícitos administrativos: el endeudamiento no autorizado; el manejo ilegítimo de cuentas bancarias; el sobregiro bancario; la disposición o uso indebidos o ilegales de fondos o bienes públicos; la expedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo; el ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos; el despilfarro administrativo, en los casos de realización de gastos innecesarios o a precios superiores al mercado y de faltas de mantenimiento en los bienes del Estado; y la negligencia en la defensa jurídica de los entes públicos. Veamos separadamente estos supuestos.

a. *El endeudamiento no autorizado*

El artículo 35 de la LOSPP establece que incurren en responsabilidad administrativa, además de la responsabilidad penal y civil que establece la Ley, los funcionarios públicos que efectúan gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza que pueda afectar la responsabilidad de la República o de alguna de las entidades señaladas en el artículo 4º de la Ley; siempre que lo hagan: 1) Sin estar previa y

legalmente autorizados para ello, o 2) Sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de 1.000 a 50.000 bolívares.

El supuesto del artículo 35 LOSPP podríamos denominarlo como endeudamiento no autorizado dañoso, pues es necesario que los gastos efectuados o las deudas o compromisos contraídos sin autorización legal previa o sin disponer de los recursos presupuestarios necesarios, sean de tal naturaleza *que puedan afectar la responsabilidad* de los entes públicos.

Por supuesto, no parece factible el que se llegue a efectuar un endeudamiento como el previsto, es decir, realizar gastos o contraer compromisos sin previsión o disponibilidad presupuestaria, sin que con ello no deje de poder afectarse la responsabilidad de los entes públicos respectivos. El supuesto legal, por tanto, en nuestro criterio no requería la aclaratoria de que con el endeudamiento no autorizado *se pudiera* afectar la responsabilidad de los entes públicos, pues ello siempre sucederá.

El artículo 35 deja a salvo lo previsto en el artículo 21 LOCGR, es decir, excluye del supuesto de responsabilidad administrativa los casos de celebración de contratos que impliquen compromisos financieros de la República sin crédito presupuestario o sin disponibilidad presupuestaria, en situaciones de emergencia, como calamidades públicas o conflicto interior o exterior, cuando sea de urgente necesidad la ejecución de determinadas obras o la adquisición de bienes, y siempre que ello se haga previa consulta con el Contralor General de la República.

En todo caso, el artículo 61 de la Ley, al regular el endeudamiento no autorizado como un ilícito penal (malversación específica), establece una sanción concurrente de prisión de 1 a 3 años.

b. *El manejo ilegítimo de cuentas bancarias*

El artículo 36 de la LOSPP, ordinales 1 y 2, establece que incurren en responsabilidad administrativa, también independientemente de la responsabilidad penal y civil que pueda corresponderle, el funcionario o empleado público:

1. Que abra cuenta bancaria a su propio nombre o al de un tercero con fondos públicos; y
2. Que deposite fondos públicos en cuenta personal ya abierta.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de Bs. 1.000 a Bs. 50.000.

Debe indicarse, además, que la conducta regulada en el artículo 36 LOSPP se configura en el artículo 79 de la propia Ley, además, como un ilícito penal sancionable, en concurrencia, con prisión de 6 meses a 2 años.

c. *El sobregiro bancario*

El artículo 36, ordinal 3º LOCPP establece también que incurre en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pueda corresponderle, el funcionario o empleado público que se sobregire en las cuentas que en una o varias entidades bancarias tenga el Instituto o ente público confiado a su manejo, administración o giro.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de Bs. 1.000 a Bs. 50.000.

Si el sobregiro bancario es deliberado, esta conducta se configura como un ilícito penal en el artículo 79 LOCPP, sancionable en concurrencia, con prisión de 6 meses a 2 años.

d. *La disposición o uso indebidos o ilegales de fondos o bienes públicos*

El artículo 37 de la LOSPP establece que incurren en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo, los funcionarios o empleados públicos que ordenen o procedan al pago, uso o disposición indebida (pago o empleo ilegal) de fondos u otros bienes de que sean responsables.

Esta responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, surge sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en la que incurra el funcionario superior jerárquico que impartió la orden del pago o empleo ilegal de fondos o bienes, y en ningún caso, el funcionario inferior puede ser relevado de su responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida.

En estos casos, no habiendo multas específicas, los responsables serán sancionados conforme al artículo 42 de la LOSPP con multa de Bs. 1.000 o Bs. 50.000.

En esta responsabilidad administrativa derivada de pagos ilegales, e independientemente de la responsabilidad penal y civil que pudiera derivarse, conforme al artículo 38 de la LOSPP, también incurren solidariamente los miembros de las Juntas Directivas de Institutos Autónomos, Empresas del Estado y demás entes públicos y los miembros de cuerpos colegiados administrativos (incluyendo, por supuesto, a los Concejos Municipales), que estén encargados de la administración del patrimonio de los entes públicos indicados en el artículo 4º de la Ley, cuando concurren con sus votos en la aprobación de tales pagos ilegales. En dicha responsabilidad administrativa también incurren los funcionarios de tales entes que hayan autorizado tales pagos, se entiende, por orden de los órganos colegiados, salvo que hubieren objetado previamente por escrito la orden respectiva.

La sanción aplicable de multa, en estos casos, es la misma mencionada anteriormente prevista en el artículo 42 LOSPP.

En estos supuestos de responsabilidad administrativa debe destacarse que el legislador no ha eximido de la responsabilidad administrativa en los casos de "obediencia legítima y debida" como sucede en materia penal (Art. 65 CP), sino que sólo se exime de responsabilidad administrativa al funcionario inferior o ejecutor que haya advertido la ilegalidad de la orden recibida, o que haya objetado la orden respectiva y, por supuesto, que compruebe haberlo hecho previamente, por escrito dirigido al funcionario superior o al cuerpo colegiado respectivo.

e. *La expedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo*

El artículo 39 de la LOSPP establece que incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP aquellas personas investidas de funciones públicas, tal como lo indica el ordinal 1º del artículo 2º de la ley, que sin atenerse a la verdad, expidan certificados o constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de cualquier persona a su trabajo, sean particulares o funcionarios o empleados públicos u obreros al servicio del Estado.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de Bs. 500 a Bs. 5.000.

Deben destacarse de este supuesto dos aspectos: en primer lugar, que los sujetos de la responsabilidad aparecen restringidos a la categoría de los que ejercen funciones públicas en los términos del ordinal 1º del artículo 2º de la LOSPP; y en segundo lugar, que la responsabilidad que-

da comprometida no sólo cuando se expide el certificado o constancia indebidos a funcionarios públicos u obreros al servicio del Estado, sino también a particulares.

Debe indicarse, además, que la conducta regulada en el artículo 39 LOSPP se configura en el artículo 74 de la propia ley, como un ilícito penal sancionable, en consecuencia, con pena de prisión de 6 meses a 2 años.

f. *El ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos*

El artículo 40 de la LOSPP establece que incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP, aquellos funcionarios públicos que oculten, permitan el acaparamiento o nieguen injustificadamente a los usuarios las planillas, formularios o formatos cuyo suministro corresponde a la Administración Pública, por supuesto.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de Bs. 2.000 a Bs. 10.000.

La expresión "Administración Pública" utilizada en la norma, en el sentido de que a ella corresponde suministrar los formularios a los usuarios o administrados, debe entenderse en sentido amplio, de comprender todos los órganos de la Administración Nacional (Central, Descentralizada o con Autonomía Funcional), Estatal y Municipal. Por otra parte, las planillas, formularios o formatos a los cuales se refiere la norma, debe entenderse que son aquellos cuyo uso sea necesario para ejercer algún derecho, petición, recurso o solicitud.

g. *El despilfarro*

La LOSPP establece expresamente la responsabilidad administrativa en caso de despilfarro, y a tal efecto, el artículo 41 regula tres grupos de ilícitos administrativos: la realización de gastos innecesarios; la realización de gastos superiores a los del mercado; y las faltas de mantenimiento de bienes.

a'. *La realización de gastos innecesarios*

La LOSPP, regula en el artículo 41 la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en aquellos casos de realización de gastos innecesarios, es decir, de despilfarro. Estos supuestos son típicas regulaciones legales de normas de sana administración las cua-

les, lamentablemente, por falta de sanciones, no se respetaban usualmente en la Administración Pública.

Ese artículo 41, en efecto, establece que incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32, los funcionarios públicos que realicen gastos innecesarios, particularmente, en los casos en los cuales:

1. Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las *necesidades* del organismo (ord. 1º).
2. Contraten servicios que no sean estrictamente *necesarios* a los fines del organismo (ord. 3º).
3. Contraten personal supernumerario *innecesario* para el funcionamiento del organismo (ord. 4º).
4. Autoricen gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las *necesidades* estrictamente protocolares del organismo (ord. 5º).
5. Ordenen erogaciones *excesivas* para gastos de escritorio y papelería (ord. 6º).
6. Ordenen obras de calidades o precios superiores a las *necesidades* requeridas por el organismo (ord. 7º).

En todos estos casos, el funcionario público será sancionado con multa de Bs. 10.000 a Bs. 500.000 y si, además se procura por sí o por interpuesta persona alguna utilidad, ventaja o beneficio económico con ocasión a dichos gastos innecesarios, incurre en responsabilidad penal y es penado con prisión de 3 meses a 1 año (Art. 78, ord. 1º, LOSPP).

b'. *La realización de gastos a precios superiores al mercado*

El mismo artículo 41 de la LOSPP establece que incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP, los funcionarios públicos que realicen gastos a precios superiores al mercado, particularmente en los casos en los cuales:

1. Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales a precios superiores a los del mercado (ord. 2º).
2. Contraten servicios a precios superiores a los del mercado (ord. 3º).

En estos casos, también, el funcionario público será sancionado con multa de Bs. 10.000 a Bs. 500.000 y si, además, se procura, por sí o por interpuesta persona alguna utilidad, ventaja o beneficio económico con ocasión a dichos gastos excesivos, incurre en responsabilidad penal y es penado con prisión de 3 meses a 1 año (Art. 78, ord. 1º LOSPP).

c'. Las faltas de mantenimiento de bienes

El artículo 41 de la LOSPP, en su ordinal 9º, establece que incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP, los funcionarios públicos que dejen que se pierdan, deterioren o menoscaben, salvo el desgaste debido al uso normal al cual están sometidos, las máquinas, equipos, implementos, repuestos, materiales y cualesquiera otros bienes del Patrimonio Público.

En estos casos, los funcionarios públicos también serán sancionados con multa de Bs. 10.000 a Bs. 500.000 y si además, con ocasión de esas faltas de mantenimiento de bienes, se procuran, por sí o por interpuesta persona alguna utilidad, ventaja o beneficio económico, incurren en responsabilidad penal y son penables con prisión de 3 meses a 1 año (Art. 78, ord. 1º LOSPP).

h. La negligencia en las defensas jurídicas

El mismo artículo 41, ordinal 8º de la LOSPP, establece que también incurren en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP, los funcionarios públicos que dejen prescribir o permitan que desmejoren acciones o derechos de los organismos públicos, por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente.

En estos casos, los funcionarios públicos serán sancionados con multa de Bs. 10.000 a 500.000, y además, incurren en responsabilidad penal, si con motivo de su acto u omisión negligente, por sí o por interpuesta persona, se procuren alguna utilidad, ventaja o beneficio económico (Art. 78, ord. 1º, LOSPP).

B) La violación de deberes derivados de la aplicación de la ley

El segundo grupo de supuestos expresos de responsabilidad administrativa que regula la LOSPP se derivan de la violación de deberes específicos que establece la ley para lograr su aplicación efectiva, y particularmente el de declarar el patrimonio; el de hacerlo en forma sin-

cera; el de presentar los documentos justificativos requeridos; el de facilitar las diligencias de la Contraloría; y los de retener determinados pagos, para hacer efectiva la aplicación de la ley.

a. *Violación de la obligación de declarar el patrimonio*

La obligación de declarar el patrimonio a la Contraloría se establece respecto de los funcionarios o empleados públicos y respecto de otros particulares. En ambos casos, el incumplimiento de la obligación da origen a responsabilidad administrativa.

a'. *La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos*

En efecto, en primer lugar, incurren en responsabilidad administrativa, en los términos del artículo 32 LOSPP, los funcionarios o empleados públicos y particulares enumerados en el artículo 2º de la ley, que incumplan la obligación de declarar en forma jurada su patrimonio que les impone el artículo 5º de la misma ley o el parágrafo único del artículo 7º, dentro del término previsto en dichas normas (Art. 5º, parágrafo único del Art. 7) o el establecido en el artículo 12 de la ley, según que la declaración se deba formular al tomar posesión del cargo y cesar en el ejercicio de funciones públicas, o en cualquier tiempo a requerimiento del órgano contralor, aun cuando se trate de las personas exceptuadas de declarar. En estos casos, como lo establecen los ordinales 1º del artículo 19 y 1º del artículo 21, el Contralor General de la República, por resolución motivada, debe sancionar a los responsables, del incumplimiento o desacato con multas de Bs. 500 a Bs. 10.000.

b'. *La responsabilidad administrativa de otras personas particulares*

Pero la Ley Orgánica no sólo establece la obligación de declarar en forma jurada el patrimonio respecto de aquellas personas que, a sus efectos, se consideran como funcionarios públicos, sino que establece esta obligación respecto de particulares en dos casos: en primer lugar, el artículo 14 de la ley permite que la Contraloría General de la República o el Tribunal competente exijan la declaración jurada de patrimonio a personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a las entidades públicas, cuando realicen alguna investigación. En estos casos, el incumplimiento de la obligación origina res-

ponsabilidad administrativa y da lugar a la imposición, por la Contraloría o el Tribunal, de multa entre Bs. 500 a Bs. 10.000, según lo previsto en el artículo 21, ordinal 1º LOSPP. Además, mientras no den cumplimiento a esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos.

En segundo lugar, el artículo 13 de la ley permite al Tribunal competente exigir la presentación de declaración jurada de patrimonio a personas distintas a las indicadas en el artículo 2º de la LOSPP, cuando de las investigaciones de que esté conociendo surjan indicios de delitos contra el Patrimonio Público. El desacato a este requerimiento origina responsabilidad administrativa, y da origen a la sanción de multa entre Bs. 500 a Bs. 10.000 prevista en el ordinal 1º del artículo 21 de la ley.

b. *Violación de la obligación de presentar declaración sincera*

Por supuesto, la declaración jurada del patrimonio debe ser sincera, por lo que la insinceridad de la declaración da origen a responsabilidad administrativa, en los términos de los artículos 18 y 32 de la LOSPP. Si la insinceridad es dolosa, la apertura de la averiguación contemplada en los artículos 18 y 48 LOSPP puede concluir en una declaración de responsabilidad administrativa independientemente de la civil o penal, e imposición de la sanción prevista en el artículo 42 LOSPP, de multa entre Bs. 1.000 a 50.000; si la declaración es insincera por error u omisión culposo, independientemente de la responsabilidad administrativa y de la imposición de sanción señalada prevista en el artículo 42 LOSPP, la Contraloría, de oficio, instará al superior jerárquico del funcionario para que amoneste al declarante (Art. 18 LOSPP).

c. *Violación de la obligación de presentar documentos de comprobación de la declaración jurada*

El artículo 15 LOSPP establece la potestad de la Contraloría General de la República de verificar la sinceridad de la declaración jurada de patrimonio, y a tal efecto, el artículo 16 faculta al órgano contralor para que requiera del presentante la presentación de documentos probatorios dentro de determinado lapso, que puede ser prorrogado (Art. 17). En caso de incumplimiento de este requerimiento, por las personas señaladas en el artículo 2º LOSPP, es decir, en caso de que no presenten en el término que se les hubiere fijado, los documentos pedidos para com-

probar la sinceridad de sus declaraciones juradas, incurrir en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP y serán sancionados por la Contraloría, conforme al artículo 19, ord. 2º de LOSPP con multa de Bs. 500 a Bs. 10.000.

d. *La obstrucción de diligencias en las investigaciones*

El artículo 11 LOSPP establece la obligación para las personas obligadas a formular declaración jurada del patrimonio, de prestar las facilidades necesarias para verificar la sinceridad de ellas, precisándose que deberán permitir a los funcionarios competentes la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos, facturas, conocimientos y otros elementos que tiendan a comprobar lo que se averigua. Igual obligación la tienen los funcionarios o empleados públicos y los particulares que tengan dichos documentos en su poder. En particular, la Ley (Art. 11) establece obligaciones precisas a los institutos bancarios en relación a la apertura de las cajas de seguridad de sus clientes sometidos a investigación.

Ahora bien, en los términos del artículo 32 LOSPP, incurrir en responsabilidad administrativa cualquier funcionario o empleado público o particular que de algún modo impida u obstaculice la práctica de alguna diligencia que deba evacuarse para verificar la sinceridad de la declaración jurada del patrimonio. En estos casos, se sancionará al responsable, por la Contraloría o el Tribunal competente, conforme al ordinal 2º del artículo 21, con multas de Bs. 500 a Bs. 10.000.

e. *Violación de la obligación de retener pagos*

A los efectos de asegurar el cumplimiento de las exigencias de la Ley, los artículos 10, 16 y 54 establecen diversos supuestos de obligaciones de retener ciertos pagos respecto de los sujetos de la ley.

En efecto, el artículo 10 establece que a las personas que no hubieren presentado la declaración jurada en el término legal, se les retendrá el pago de las remuneraciones mientras no den cumplimiento a la obligación indicada, y esa retención debe mantenerse hasta que el funcionario o empleado público presente prueba fehaciente de que entregó dicha declaración al funcionario autorizado por la Contraloría para recibirla. Esta obligación opera *ex lege*, y se refiere, particularmente, a los casos de nombramientos, en los cuales la declaración debe ser hecha dentro de los 30 días siguientes a la toma de posesión (Art. 5º). Por

tanto, automáticamente, el funcionario pagador debe retener el pago de la segunda quincena que deba pagarse al obligado a declarar, si no presenta constancia de la entrega de dicha declaración.

Si se trata, en cambio, de una declaración exigida en cualquier momento posterior al nombramiento, conforme al artículo 12 de la LOSPP, parece indispensable que copia de ese requerimiento de la Contraloría o del Tribunal competente se remita al funcionario a quien corresponda ordenar los pagos, para que retenga las remuneraciones mencionadas.

El segundo supuesto de obligación de retener pagos está previsto en el artículo 16 de la LOSPP, y se refiere a los casos en los cuales la Contraloría debe participar al funcionario a quien corresponda ordenar el pago de sueldos o emolumentos, para que los retenga hasta que el obligado a declarar corrija los vicios o consigne las pruebas que se le soliciten en el procedimiento de verificación de la sinceridad de la declaración.

El tercer supuesto de obligación de retener está previsto en el artículo 54 LOSPP y se refiere a los casos en los cuales la Contraloría General de la República, si existieren fundados indicios de responsabilidad de un investigado, puede ordenar que se le retengan preventivamente las remuneraciones, prestaciones o pensiones del funcionario, cuando la investigación se refiera a fondos de los cuales éste aparezca directamente responsable en la averiguación. Esta retención podrá ordenarse también a requerimiento del Ministerio Público o del Tribunal competente, y podrá hacerse extensiva, en los mismos términos, a los pagos que los institutos o entidades públicas enumeradas en el artículo 4 LOSPP, adeuden a contratistas, cuando éstos aparezcan directamente implicados en las investigaciones que se practiquen.

En estos tres supuestos previstos en los artículos 10, 16 y 54, la violación por los ordenadores de pago de la obligación de retener origina responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 LOSPP, y la Contraloría General de la República conforme a lo previsto en el artículo 20 LOSPP, deberá sancionar al responsable con multa de Bs. 500 a 2.000.

Debe señalarse, por último, que el artículo 14 de la LOSPP establece también, para los ordenadores de pago, en forma indirecta, la obligación de retener los pagos que se le adeuden a contratistas por la ejecución de contratos, mientras no presenten la declaración jurada que se les exija. Podría señalarse, entonces, que incurren en responsabilidad ad-

ministrativa esos ordenadores de pagos que no efectúen dicha retención, en los términos del artículo 32 LOSPP, pudiéndoseles imponer sanción pecuniaria de Bs. 1.000 a 50.000, conforme a lo previsto en el artículo 42 LOSPP.

2. *Supuesto general subsidiario*

Aparte de los supuestos específicos de responsabilidad administrativa antes mencionados, con sus consecuencias sancionatorias particulares indicadas, la LOSPP establece el supuesto general mencionado del artículo 32, el cual prevé lo siguiente:

Artículo 32. El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil.

Este supuesto general de responsabilidad administrativa encuentra su complemento sancionatorio en el artículo 42 LOSPP, en el cual se establece lo siguiente:

Artículo 42. Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de Bs. 1.000 a Bs. 50.000.

Estas dos normas, sin duda, requieren de algunos comentarios, en primer lugar, porque no toda violación de leyes o reglamentos da origen a responsabilidad administrativa; en segundo lugar, porque algunos ilícitos administrativos se sancionen con multas previstas en otras leyes, como en materia fiscal, y no con las sanciones establecidas en la LOSPP; y en tercer lugar, porque la sanción general subsidiaria que prevé la Ley (Art. 42) no se aplica en los casos en los cuales la propia Ley ha regulado la violación de ley, como ilícito penal y ha previsto la sanción penal correspondiente, sin prever específicamente una sanción administrativa.

A) *La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad disciplinaria*

En efecto, como hemos dicho, resulta evidente que no toda violación de una norma legal o reglamentaria da origen a responsabilidad

administrativa, a su declaratoria por la Contraloría y a la imposición de las sanciones mencionadas, pues en muchos casos, la violación de una norma legal o reglamentaria da origen a una responsabilidad disciplinaria, pura y simplemente, conforme a la Ley de Carrera Administrativa.

Por eso, debe precisarse que las normas legales o reglamentarias cuya violación da origen a responsabilidad administrativa en los términos de la LOSPP y, en particular, de los artículos 32 y 42 LOSPP, son aquellos que regulan, en alguna forma, el manejo del patrimonio público, es decir, de los ingresos, gastos y bienes de los entes que conforman el sector público enumerados en el artículo 4º de la Ley.

B) *La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad administrativa sancionados en otras leyes*

Pero además, debe señalarse que inclusive no toda violación de una norma legal o reglamentaria que tenga que ver con el manejo del Patrimonio Público y que origine responsabilidad administrativa, necesariamente tiene que sancionarse con las multas reguladas en el artículo 42 LOSPP. Puede darse el caso de que se trate de una infracción de otras normas que regulen la Hacienda Pública Nacional o las funciones contraloras sobre la misma y que contengan sus propias normas sancionatorias, en cuyo caso parece lógico que se apliquen las previstas en esas leyes especiales.

Es el supuesto, por ejemplo, de las sanciones previstas en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece la responsabilidad administrativa y la consecuente sanción de multa hasta de Bs. 100.000, que impondrá el Contralor, en cada caso, de acuerdo con la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados, en los siguientes casos:

1. Quienes entran o impidan el ejercicio de las funciones de la Contraloría;
2. Quienes incurran reiteradamente en errores u omisiones en la tramitación de los asuntos que deben someter a la consideración de la Contraloría;
3. Quienes no comparecieren, sin motivo justificado, cuando hubiesen sido citados por la Contraloría;

4. Quienes estando obligados a enviar a la Contraloría informes, libros y documentos no lo hicieren oportunamente;

5. Quienes no envíen dentro del plazo fijado, los informes, libros y documentos que la Contraloría les requiera;

6. Quienes se negaren a permitir las visitas de inspección o fiscalización de los funcionarios de la Contraloría o no les suministraren los libros, facturas y demás documentos que requieran para el mejor cumplimiento de sus funciones de control;

7. Quienes estando obligados a rendir cuentas, no lo hicieren en la debida oportunidad sin causa justificada, las presentaren incorrectas de una manera reiterada o no prestaren las facilidades requeridas para la revisión; y

8. Quienes emplearen los fondos públicos que administren, manejen o custodien, en finalidades públicas diferentes de aquellas a que estuvieren destinados por la Ley, por los reglamentos o por actos administrativos;

Otro supuesto, y sólo citado a título de ejemplo, es el previsto en el artículo 70 de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas (1978), en los cuales se dispone lo siguiente:

Artículo 70. Los funcionarios no podrán percibir dádivas o remuneraciones de contribuyentes o terceros, salvo lo dispuesto en el Artículo 71 de esta Ley, por el cumplimiento de sus funciones, hacer trabajos a los mismos relacionados con el ramo de licores o patrocinar a quienes se ocupen de efectuar esos trabajos o de practicar las diligencias que a los interesados correspondan. Los que contravinieren esta disposición, serán penados con multa de cincuenta bolívares (Bs. 50,00) a un mil bolívares (Bs. 1.000,00), sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias o de la responsabilidad penal aplicable, conforme a la Ley.

Las mismas penas se aplicarán a los funcionarios que incurrieren en cualesquiera otras contravenciones de la presente Ley, de su Reglamento o de las disposiciones del Ministerio de Hacienda sobre la materia.

En estos casos y los otros similares, que son múltiples, por tanto, la sanción administrativa a aplicar como consecuencia de la responsabilidad administrativa, es la prevista en las leyes especiales, independientemente de las sanciones penales que sean procedentes conforme a la LOSPP.

C) *La aplicabilidad del supuesto general y los casos de ilícitos penales previstos en la LOSPP*

La responsabilidad administrativa, tal como se regula en la LOSPP "es independiente de la responsabilidad penal y civil" (Art. 32). Por tanto, la consecuencia sancionatoria de la responsabilidad administrativa (multa), es independiente de la consecuencia sancionatoria que la misma conducta puede tener en el ámbito penal. Se admite, por tanto, el concurso de sanciones administrativas y penales derivado del concurso de transgresiones administrativas (ilícito administrativo) y penales (ilícito penal) producidas por un mismo hecho. En consecuencia, en principio, si una conducta está regulada en la LOSPP como ilícito administrativo, con su sanción administrativa y también como ilícito penal, con su pena, puede decirse que el concurso de sanciones es perfectamente admisible. Para ello, sin embargo, es necesario que la conducta esté expresamente sancionada en la ley, con sanción administrativa y sanción penal.

Tal es el caso del manejo ilegítimo de cuentas bancarias, regulado como ilícito administrativo, con su sanción específica, en el artículo 36 de la LOSPP, y regulado también como ilícito penal, con su pena, en el artículo 79 LOSPP. En estos casos, el concurso de sanciones es absolutamente claro y preciso.

Sin embargo, la duda podría surgir en los otros supuestos en los cuales no se han regulado expresamente ilícitos administrativos, con sus sanciones específicas, como las que hemos analizado, en los cuales se aplicaría, cuando ello sea procedente, el supuesto general subsidiario que resulta de los artículos 32 y 42 LOSPP.

En efecto, todos los casos de ilícitos penales regulados en la ley como delitos contra la cosa pública (Arts. 58 a 80), son conductas contrarias a la propia ley, y en los términos del artículo 32 LOSPP, originan responsabilidad administrativa. Frente a ellos, y en ausencia de sanciones administrativas expresamente previstas (salvo en varios casos, como el manejo ilegítimo de cuentas bancarias, Art. 36), podría pensarse que todos esos supuestos regulados como ilícitos penales, y que son ilícitos administrativos, deberían también ser sancionables administrativamente con la multa prevista en el artículo 42, que regula el supuesto general subsidiario de sanción administrativa.

Sin embargo, estimamos que ello no es así, no porque no sea admisible el concurso de sanciones administrativas y penales por una misma conducta que origine tanto responsabilidad administrativa como penal, lo cual sí es admisible en nuestro ordenamiento, sino por el hecho

de que el supuesto general sancionatorio previsto en el artículo 42, se debe aplicar sólo en caso de "toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria *no prevista expresamente en esta ley*". Por tanto, si en la ley está prevista la violación legal, con consecuencias sancionatorias penales, no corresponde la aplicación de la sanción administrativa de multa prevista en el artículo 42 LOSPP, máxime cuando en buena parte de los supuestos de delitos contra la cosa pública, además de las penas de prisión, se establecen multas acumulativas a aquéllas.

3. *La concurrencia de ilícitos administrativos y la adición de las sanciones administrativas*

Debe señalarse, por último, en relación a los supuestos de responsabilidad administrativa y sus sanciones administrativas, que la concurrencia de sanciones administrativas es la norma en la LOSPP, contrariamente al sistema que establece el Código Penal respecto de las sanciones penales.

En efecto, en los casos de concurrencia de hechos punibles, el Código Penal opta por un sistema mixto entre el sistema de adición de penas y el sistema de absorción de las penas menos graves en las más graves, que se aplican generalmente. Así el artículo 86 del Código Penal establece que "al culpable de dos o más delitos, cada uno de los cuales acarrea pena de presidio, sólo se le aplicará la correspondiente al hecho más grave, pero *con aumento* de las dos terceras partes del tiempo correspondiente a la pena del otro y otros".

En materia administrativa, en cambio, el legislador, en los casos de concurrencia de ilícitos administrativos, admite el concurso de sanciones administrativas, acumulándose las multas. Por supuesto, la acumulación de multas se produce por concurrencia de varios ilícitos administrativos, por lo que el principio *bis in idem non judicatur* debe respetarse, en el sentido de que un mismo ilícito administrativo no puede ser objeto de varias sanciones.

4. *La conversión de las multas administrativas en arresto*

En general, se ha señalado que a diferencia de las multas establecidas como penas en el Código Penal, que pueden convertirse en prisión o arresto (Art. 50), en materia de sanciones administrativas, como principio, se excluye su convertibilidad en arresto.

Esta diferencia, sin embargo, nunca ha existido en el ordenamiento jurídico venezolano, y al contrario, se ha admitido que las sanciones

administrativas puedan convertirse en arresto. Así se prevé, por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en la siguiente forma:

Artículo 309. Cuando las multas no pudieren satisfacerse por insolvencia del penado, se convertirán en arresto a razón de un día de arresto por cada 15 bolívares de multa, sin que en ningún caso pueda exceder de dos años el arresto impuesto al infractor por conversión de la multa.

Cuando el arresto no exceda de 6 meses se cumplirá en la cárcel local, y cuando exceda de este tiempo en la Penitenciaría General de Venezuela.

La LOSPP ha acogido este sistema de conversión de la multa administrativa en arresto, sin quitarle su carácter de obligación civil.

En efecto, la LOSPP establece expresamente que impuesta la multa por la Contraloría, es el órgano contralor quien debe liquidarla y fijar un término para su cancelación. Por ello, el artículo 43 de la Ley establece que "cuando el término para cancelar la multa se hubiere vencido y el funcionario no la hubiere pagado, se pasará el caso al Fiscal General de la República a los efectos de que intente la acción civil de cobro" conforme a lo previsto en el artículo 31, ordinal 5º. A tal efecto, se debe seguir el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Las cantidades adeudadas en todo caso, devengarán intereses calculados a la rata del 12 por ciento anual.

Agrega el artículo 43 LOSPP que "sólo en los casos de imposibilidad del cobro *a juicio* del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República *podrá* acordar su conversión en arresto, de conformidad con la regla prevista en el artículo 106 de esta Ley. En este caso, mientras dura la medida el funcionario no percibirá emolumento alguno".

Ahora bien, la regla del artículo 106 LOSPP prescribe la conversión de la multa en arresto "a razón de un día de ésta por cada Bs. 1.000 de multa". Agrega, además, el artículo 106, que "en los casos referidos en el presente artículo, no se aplicarán las limitaciones que sobre conversión de las penas establece el Título IV del Libro I del Código Penal", particularmente la establecida en el artículo 51, que establece un límite máximo de 6 meses de prisión, 9 meses de arresto por delitos y 2 meses de arresto por faltas.

La intención del legislador en materia penal, por tanto, es clara: la conversión de la pena de multa en prisión no tiene limitaciones.

Sin embargo, ante la ausencia de limitación en materia de multa administrativa, dada su misma naturaleza, queda la duda de si el arresto por conversión de la multa sería también sin límite o debería tener una limitación, dada la privación de la libertad personal que implica. Pensamos, en realidad, que ha habido aquí una laguna de la Ley, que debe ser colmada con la aplicación analógica del artículo 309 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en el sentido de que el arresto "en ningún caso puede exceder de 2 años".

V. LA DETERMINACION DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1. *La competencia de la Contraloría General de la República*

Tal como se ha señalado, en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, corresponde a la Contraloría General de la República, "declarar la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella"; así lo establece expresamente el artículo 22 ordinal 4º LOSPP, al regular los deberes y atribuciones del organismo contralor.

Ahora bien, esta norma podría dar origen a una interpretación centralista de la Ley, lo cual no sólo no fue intención de los proyectistas, sino que sería inconstitucional. En efecto, de la Ley no puede derivarse que sólo la Contraloría General de la República es la que puede declarar la responsabilidad administrativa de todos los funcionarios enumerados en el artículo 2, particularmente de los funcionarios de los Estados y de los Municipios, y que por tanto, las Contralorías de los Estados y las Contralorías Municipales ya no tienen competencia para ello.

En absoluto, dentro de nuestro sistema constitucional de autonomía de los Estados (Art. 16) y de los Municipios (Art. 25), no puede una norma legal nacional quitarle competencias a las Contralorías Estadales o Municipales para declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios de los Estados y de los Municipios, e imponerles las sanciones.

La Constitución, ciertamente, en materia de control, en su artículo 235 establece la posibilidad de que las funciones de control de la Contraloría General de la República se pueden extender, por Ley, a las administraciones estadales y municipales, pero ello debe entenderse, por supuesto, sin perjuicio de las respectivas competencias de las Contralorías estadales y municipales. Por ello el artículo 235 de la Constitución señala que la extensión por Ley de las funciones de la Contraloría General de la República a las administraciones estadales o municipales, se

puede realizar "sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la Constitución".

Por tanto, de acuerdo a lo señalado, la atribución que el artículo 22, ord. 4º de la LOSPP confiere a la Contraloría General de la República para declarar la responsabilidad administrativa e imponer sanciones administrativas respecto de todos los funcionarios públicos, incluyendo los de los Estados y Municipios, se hace sin perjuicio de las respectivas competencias de las Contralorías de los Estados y Municipios, en sus correspondientes jurisdicciones.

Ahora bien, dejando a salvo lo anterior, la competencia de la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad administrativa e imponer las sanciones pecuniarias correspondientes, se reitera en los artículos 25, 27, 33 y 51 de la misma LOSPP. De estas normas se destaca el principio fundamental introducido en la Ley, ya comentado, de que no puede haber declaratoria de responsabilidad administrativa, sin la imposición de las sanciones administrativas correspondientes. Por ello lo terminante de la redacción del artículo 33:

"La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente Ley".

Ahora bien, la determinación de la responsabilidad administrativa por parte de la Contraloría General de la República, se debe realizar a través de un procedimiento que concluye en una decisión. Veamos las regulaciones básicas relativas a las fases del procedimiento.

2. *El procedimiento administrativo*

El procedimiento administrativo que se desarrolla ante la Contraloría General de la República para la determinación de la responsabilidad administrativa se rige por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en los casos que constituyan especialidad, por las normas especiales de procedimiento establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En esta materia debe insistirse, como en todo el procedimiento administrativo desarrollado ante los órganos de la Administración Pública Nacional, rige la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como conjunto normativo de derecho común. Y en materia de procedimientos ordinarios de oficio, como los que tienen por objeto determinar

la responsabilidad administrativa, rige lo dispuesto en el artículo 47 de la misma, que remite a lo dispuesto en leyes especiales, en las materias que constituyan la especialidad. Precisamente, las dos leyes mencionadas de la Contraloría y de Salvaguarda del Patrimonio Público contienen una serie de materias especiales que complementan las normas generales de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

A) *Iniciación del procedimiento: acto de apertura*

El artículo 26 LOSPP establece que si de las inspecciones y fiscalizaciones que puede realizar la Contraloría de acuerdo a lo previsto en los artículos 75 y 76 de su Ley Orgánica y en el artículo 25 LOSPP, surgen indicios de que se han cometido actos violatorios de la Ley Orgánica, o en general, actos contrarios a una disposición legal o reglamentaria (artículo 32 LOSPP), o de los cuales puede derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa (Art. 23, ord. 3º), "la Contraloría General de la República, por acto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar las diligencias que sean procedentes" (Art. 26 LOSPP).

En el mismo sentido, en cuanto concierne al enriquecimiento ilícito, el artículo 48 LOSPP establece que cuando el estudio de las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por los obligados a ello, de la denuncia que formulare el Ministerio Público o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría, apareciere que se han cometido hechos irregulares contemplados por la Ley y presuntamente generadores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría por auto motivado acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar todas las diligencias encaminadas a demostrar los referidos hechos ilícitos. En este caso, del auto que ordene la apertura de la averiguación, se debe notificar al representante del Ministerio Público.

Por tanto, el inicio del procedimiento investigativo o de la averiguación administrativa debe ser formal, mediante acto motivado que ordene la apertura del procedimiento (Art. 48 LOPA).

B) *El expediente*

Este acto de apertura del procedimiento debe encabezar el expediente respectivo que debe abrirse, tal como lo exigen el artículo 82 LOCGR y el artículo 51 LOPA.

Este expediente, en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar la investigación, incluyendo las comunicaciones entre las dis-

tintas autoridades, así como copia de las publicaciones y notificaciones que se realicen (Art. 51 LOPA), deberá mantener una unidad (Art. 31 LOPA). A dicho expediente, el interesado podrá adjuntarle los escritos que estime necesarios para la aclaración del asunto (Art. 32).

C) *La sustanciación del procedimiento*

Iniciada la averiguación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 83 LOCCR, la Contraloría reunirá los elementos de juicio, declaraciones, experticias e informes que estime necesarios para esclarecer la verdad de los hechos.

A tal fin, dice el artículo 23 LOSPP, la Contraloría podrá solicitar la colaboración del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, el cual actuará, en este caso, como órgano auxiliar, sin menoscabo de las disposiciones contenidas en los artículos 74-A del Código de Enjuiciamiento Criminal y 7º de la Ley de Policía Judicial.

En esta forma, la Contraloría es el órgano competente para sustanciar el procedimiento. En tal virtud, es a la Contraloría a quien corresponde tramitar el expediente (Art. 54 LOPA) y por tanto, cumplir todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites (Art. 53 LOPA).

a. *La obtención de pruebas documentales*

Así, por ejemplo, es a la Contraloría a quien corresponde solicitar de las otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto (Art. 54 LOPA).

Esto se establece expresamente en el artículo 27 LOSPP al imponer a los organismos enumerados en el artículo 4º, la obligación de remitir a la Contraloría General de la República todos los documentos e informes sobre hechos, actos y omisiones relativos a la eventual responsabilidad administrativa del funcionario.

Por supuesto, los interesados podrán solicitar de la Contraloría que recabe dichos documentos, informes o antecedentes, pero en este caso deben indicar la oficina donde curse la documentación (Art. 54 LOPA). Además, los interesados, podrán consignar en el expediente los escritos y anexos documentales que estimen necesarios para la aclaración del asunto (Art. 32 LOPA).

b. *La prueba testimonial*

Cuando la Contraloría, en el curso de una averiguación administrativa, necesite tomar declaración de cualquier persona, establece el artículo 89 LOCGR que el Contralor o el funcionario en quien éste delegue tal facultad, debe expedir la citación correspondiente y recibirá la declaración que rinda el compareciente.

a'. *La citación*

A los efectos de practicar la citación correspondiente, el artículo 112 LOCGR establece que las notificaciones deben efectuarse personalmente o mediante publicación en la *Gaceta Oficial* y en dos de los diarios de mayor circulación en la República. La norma permite la citación alternativamente o mediante citación personal o mediante publicación. En nuestro criterio aquí debe privar el espíritu de los artículos 73 y siguientes LOPA que regulan la publicación sólo cuando la notificación sea impracticable.

Pero aparte de ello, esta norma del artículo 112 LOCGR, sin duda, es de aplicación preferente a la del artículo 75 LOPA, que permite entregar la notificación en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado, mediante recibo firmado. Dada la naturaleza de la citación para rendir declaración, rige la especialidad del artículo 112 LOCGR que exige la notificación personal.

Además, el artículo 112 LOCGR también tiene aplicación preferente respecto del artículo 76 LOPA en cuanto a la notificación impracticable. Este establece la posibilidad de publicación de la notificación en un diario de mayor circulación; en cambio, el artículo 112 LOCGR exige la publicación en la *Gaceta Oficial* de la República y en dos diarios de mayor circulación de la República. En todo caso, en ausencia de precisión, en el Art. 112 LOCGR, rige el artículo 76 LOPA en el sentido de que luego de la publicación "se entenderá notificado el citado 15 días después de la publicación", lapso que, en realidad, debe contarse a partir de la última de las publicaciones.

b'. *La obligación de comparecer*

De acuerdo al artículo 89 LOCGR, la persona citada a declarar ante la Contraloría estará obligada a comparecer y prestará declaración en la misma forma establecida para los testigos o indiciados, según sea el caso, en la legislación procesal común. Esta obligación de comparecer y declarar también está prevista en el artículo 29 LOPA.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, sin embargo, en su artículo 90, exceptúa de la obligación de concurrir a la Contraloría y de declarar, a los altos funcionarios públicos del Ejecutivo del Poder Legislativo y del Poder Judicial que en él se determinan enumerativamente, así como de las autoridades eclesiásticas. Sin embargo, dispone la norma que cuando se requiera la declaración de estas personas, el Contralor decidirá acerca de la forma y oportunidad en que, en el Despacho de los mismos, se dejará constancia de sus respuestas.

Ahora bien, esta excepción resulta derogada por el artículo 49 LOSPP en los casos de averiguaciones motivadas en hechos que configuren enriquecimiento ilícito. Esta norma, en efecto, establece que los funcionarios o empleados públicos y los particulares están obligados a rendir declaración de los hechos que conozcan y a presentar a la Contraloría, los libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que se averigua, sin observar lo pautado en los artículos 54 y 60 de la Ley Orgánica de la Administración Central. Sin embargo, cuando se trate de la inspección de cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia o comunicación, debe procederse de conformidad con el artículo 63 de la Constitución.

c. *Valor de las pruebas*

De acuerdo con el artículo 87 LOCGR, las diligencias ejecutadas por la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial. Además, en cuanto a la confesión rendida ante la Contraloría, conforme al artículo 88 LOCGR, tiene el mismo valor que la hecha ante el Tribunal y hará prueba contra quien la rinda, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el artículo 247 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

En sentido similar, el artículo 57 de la LOSPP precisa que las diligencias que practique la Contraloría General de la República en los procedimientos de su competencia, incluida la prueba testimonial, tendrán la fuerza probatoria que les atribuyan las Leyes adjetivas, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial.

D) *La audiencia del interesado*

En relación a la necesidad de oír a la persona sometida a investigación, la garantía de la audiencia del interesado se regula en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como en las Leyes Orgánicas

de la Contraloría General de la República y de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En particular, esta última, que es ley especial y posterior establece en su artículo 50 que la Contraloría General de la República deberá oír a la persona sometida a investigación (el artículo 83 LOCGR exige la audiencia de la persona respecto de la cual aparecieren indicios), para lo cual se la citará. Esta citación, de acuerdo a esa norma y al espíritu del artículo 76 LOPA, deberá ser personal. Sólo si el investigado no pudiere ser citado, la LOPA exige que se publique un cartel en un diario de circulación nacional, indicándole lugar, día y hora de comparecencia. El lapso de comparecencia no podrá exceder de 15 días continuos, contados a partir de la fecha de publicación del cartel. Este lapso priva en relación al de 10 días continuos dentro del cual se prevé la comparecencia conforme al artículo 83 LOCGR.

Ahora bien, si transcurrido el lapso no compareciere el investigado, dispone el artículo 50 LOSPP que "la averiguación proseguirá en su ausencia". Esta norma deroga, así, la última parte del artículo 83 LOCGR que establecía la necesidad de una segunda citación. Sin embargo, si el investigado no comparece, y aun cuando prosiga la averiguación en su ausencia, debe ser multado conforme a lo establecido en los artículos 83 y 93 LOCGR.

Ahora bien, una vez que el investigado comparezca, conforme a lo dispuesto en el artículo 83 LOCGR, debe imponérsele de los cargos. Entendemos que es a partir de este momento de comparecencia y de formulación de cargos, que el investigado interesado tiene el lapso de 10 días hábiles para exponer sus pruebas y alegar sus razones, previsto en el artículo 48 LOPA.

E) *Carácter secreto*

Por último, debe señalarse que el artículo 24 LOSPP establece que las actuaciones que realice la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad administrativa o para sustanciar aquellos casos en que pudiera derivarse responsabilidad civil o penal, serán *secretas*, menos para el investigado, sus abogados y el representante del Ministerio Público.

En tal virtud, los funcionarios de la Contraloría tienen prohibición de informar o divulgar sobre las mencionadas actuaciones e inclusive, en nuestro criterio, mientras dure la averiguación, están eximidos de cumplir la obligación prevista en el artículo 160 de la Constitución.

En todo caso, si el funcionario da información sobre las actuaciones, es decir, si viola este secreto, el superior jerárquico de la Contraloría, debe aplicarle la sanción disciplinaria de destitución, tal como lo señala el artículo 23 LOSPP. Además, el funcionario sería sancionable penalmente conforme al artículo 190 del Código Penal, que prevé castigo de prisión de 5 a 30 días al que revela, sin justo motivo, un secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, y del cual tenga conocimiento "por razón de su estado, *funciones*, profesión, arte u oficio".

En todo caso, sólo cuando concluya la averiguación es que la Contraloría General de la República publicará en la *Gaceta Oficial* de la República la *decisión* que en ella recaiga, y en su caso, el auto por el cual remita al Fiscal General de la República el expediente (Art. 28 LOSPP). Esta publicación de la decisión respectiva, no releva el secreto que debe permanecer en torno a las actuaciones de la Contraloría antes mencionado.

3. *La decisión*

A) *Contenido de la decisión*

El procedimiento administrativo iniciado y sustanciado de acuerdo a lo antes mencionado, debe concluir necesariamente con una decisión en la cual debe declararse expresamente que los hechos averiguados no resultaron probados o en caso contrario, si los hechos averiguados resultaren probados, debe declararse la responsabilidad administrativa del funcionario e imponérsele las sanciones administrativas que sean pertinentes. Esto se deduce del artículo 51 de la LOSPP, en concordancia con lo previsto en los artículos 22, ords. 4º, 27, 28, 29 y 33 de la ley.

Este contenido de la decisión, en la LOSPP, responde a la orientación que tiene el artículo 82 LOCGR, en el cual se establece que el procedimiento en esta materia, debe terminar "por un auto de sobreseimiento, de absolución o de responsabilidad administrativa, según el caso". En los dos primeros casos, ese sería el contenido si los hechos averiguados no resultaren probados; y en caso de resultar probados, procedería el auto de responsabilidad administrativa, con la imposición de la sanción correspondiente.

Pero además, el artículo 86 LOCGR establece que "si de la averiguación administrativa surgieren indicios de responsabilidad civil o penal, se enviará el expediente a las autoridades competentes para que éstas la hagan efectiva". Esta disposición aparece ahora aclarada y

desarrollada en el artículo 51 LOSPP, en el cual se dispone que independientemente de la declaración de responsabilidad administrativa e imposición de las sanciones que sean pertinentes, la Contraloría debe proceder de la forma siguiente:

1. Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito o cualquiera de los otros delitos contemplados en esta ley, solicitará al Fiscal General de la República que intente las acciones penales y civiles correspondientes.

Debe recordarse que conforme a lo establecido en el artículo 30 LOSPP, compete a la Contraloría realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil, y que concluida la sustanciación, debe remitirse al Ministerio Público el resultado de sus actuaciones para que éste ejerza las acciones pertinentes.

2. Si resultare que el investigado está incurso en la comisión de hechos constitutivos de infracción de alguna de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional u otras de índole fiscal, decidirá lo conducente, de conformidad con la Ley Orgánica que rige sus funciones y con la LOSPP.

3. Si resultaren comprobados daños y perjuicios causados a la Administración, solicitará del Fiscal General de la República que intente la acción civil respectiva.

B) *Requisitos de la decisión: la comprobación de los hechos*

En la decisión de la Contraloría, este organismo administrativo, como en todo acto administrativo, debe partir de una serie de supuestos de hecho, que constituyen la causa de la actuación; hechos que deben **ser comprobados**. De allí lo terminante del Art. 51 LOSPP: si resultaren probados los hechos, procederá a declarar la responsabilidad administrativa y a imponer las sanciones pertinentes; si no resultaren probados los hechos averiguados, se hará declaración expresa de ello.

Por tanto, en el acto administrativo que adopte la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa, debe partir de unos motivos debidamente comprobados. La Contraloría, por tanto, no puede actuar caprichosamente, sino que tiene que hacerlo, necesariamente, tomando en consideración las circunstancias de

hecho que se corresponden con la base o fundamentación legal que autoriza su actuación. En consecuencia, debe constatar la existencia de una serie de supuestos de hecho del caso concreto, y que esos supuestos de hecho concuerden con la norma y con los presupuestos de derecho. Ello es lo que puede conducir a la manifestación de voluntad que produce el acto administrativo.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula en varias normas la necesidad de la existencia de estos supuestos o situaciones de hecho que conforman los motivos o causa del acto administrativo. Por ejemplo, en el artículo 9º cuando prescribe la motivación, exige que esta motivación haga referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto, es decir, a los supuestos de hecho y de derecho; en otros términos, a la causa o motivo y a la base legal del acto. Asimismo, el artículo 12 de la Ley Orgánica, al regular los límites al poder discrecional, establece que la decisión que contiene el acto que se dicta, debe tener necesariamente una adecuación con el supuesto de hecho que autoriza la actuación, y este supuesto de hecho que regula el artículo 12, es precisamente el elemento causa.

Asimismo, cuando se prescriben los requisitos de forma en el artículo 18 de la LOPA y se dice en el ordinal 5º que el acto debe contener una expresión sucinta de los hechos, la ley está refiriéndose a la motivación como un requisito de forma que consiste en la expresión formal de los motivos, es decir, de las situaciones de hecho o causa de los actos administrativos.

Este requisito de fondo de los actos administrativos, es quizás, el más importante que se prevé para el control de la legalidad de los actos administrativos dictados por la Contraloría General de la República en materia de declaratoria de responsabilidad administrativa. La Contraloría, insistimos, para dictar el acto administrativo tiene que partir de la existencia de unos supuestos o circunstancias de hecho que justifiquen su actuación, pero a los efectos de que no se convierta en arbitraria la actuación del funcionario, la Contraloría está obligada, en primer lugar, a *comprobar* adecuadamente los hechos, y en segundo lugar, a calificarlos adecuadamente para subsumirlos en el presupuesto de derecho que autoriza la actuación. Esto obliga, por tanto, a la Contraloría, a realizar, no sólo una labor de constatar la existencia de los presupuestos de hecho sino de probarlos y calificarlos adecuadamente. No puede presumir los hechos ni, por tanto, dictar actos fundados en hechos que no ha comprobado, porque podría suceder allí que el hecho

no exista o que esté inadecuadamente configurado, y podría el acto estar viciado por falso supuesto.

La necesidad de comprobar los hechos, como base de la acción administrativa y del elemento causa, está establecida expresamente, por ejemplo, en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: allí se establece que en los procedimientos sumarios, la Administración está obligada a comprobar de oficio "la verdad de los hechos y demás elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento del asunto". Por tanto, en los procedimientos administrativos, como el que se sigue ante la Contraloría en materia de responsabilidad administrativa, la Contraloría tiene la carga de la prueba de los presupuestos de hecho, es decir, de la causa y motivos del acto. Por supuesto, los particulares también pueden probar estos hechos, y así el artículo 58 de la LOPA establece que los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento, pueden ser objeto de todos los medios de pruebas que establecen tanto el Código Civil, como el Código de Procedimiento Civil, así como el Código de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes especiales.

Por otra parte, la LOSPP, en materia de enriquecimiento ilícito exige del investigado en su artículo 46, la prueba de determinados elementos, como el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios, que sólo él puede aportar.

En todo caso, debe señalarse que la comprobación de la causa, tiene que consistir, normalmente, en la constatación o apreciación de los hechos, por lo que la falsedad de los hechos o su errónea apreciación configura un vicio en la causa.

La causa o motivo como requisito de fondo de los actos administrativos, en todo caso, como lo veremos más adelante, debe distinguirse de la motivación, es decir, de la necesidad de expresión formal de los motivos de los actos administrativos. La necesidad formal de la motivación, considerada ésta como requisito de forma, consiste en que el acto debe tener una necesaria expresión de los motivos, de la causa, es decir, de los presupuestos de hecho, así como de los presupuestos de derecho que motivan la actuación de la Administración.

C) *La apreciación de los hechos: discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados*

Tal como hemos señalado, la declaración de responsabilidad administrativa parte no sólo de la *comprobación* de los hechos, sino de

su adecuada *apreciación y calificación* por la Contraloría. En esta labor, deben distinguirse los supuestos en los cuales la Contraloría tiene poder discrecional, de aquellos casos en los cuales no lo tiene, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados.

a. *El poder discrecional en la aplicación de las sanciones*

En efecto, la libertad de apreciación de los hechos, por la Contraloría, es decir, la asignación de un poder discrecional por ley, la tiene sólo en la aplicación de las sanciones, lo cual siempre es entre dos límites, máximo y mínimo. Ello se establece, claramente, en la fórmula del artículo 43 de la LOSPP:

Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta ley se tomará en cuenta la *gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad* en la cual preste sus servicios el sancionado.

En el mismo sentido, el artículo 19 de la LOSPP establece que la aplicación de otras multas específicas se hará "a juicio del órgano contralor y según la *gravedad de la falta*".

En estos casos estamos en presencia de un típico supuesto de poder discrecional, es decir, de libertad otorgada por la ley a la Administración para apreciar la gravedad de una infracción, y la naturaleza de la actividad de un organismo en relación a esa infracción, para luego aplicar una sanción pecuniaria entre dos límites, uno máximo y otro mínimo.

El poder discrecional, sin la menor duda, es esencial para el desarrollo de la actividad contralora; pero también el poder discrecional es la primera fuente de arbitrariedad administrativa. Por eso, la discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad. Sin embargo, lamentablemente, es muy frecuente que ese límite se traspase y que la acción discrecional sea, en definitiva, una acción arbitraria. Por eso, la discrecionalidad requiere de límites; y los mismos sólo habían sido determinados por la jurisprudencia. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ahora, le da valor de derecho positivo a los principios relativos a la discrecionalidad y a los límites de la acción administrativa. El artículo 12 de esta ley, en efecto, expresamente regula estos

límites a la discrecionalidad, al establecer que cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad administrativa competente (y, ciertamente, ya la jurisprudencia había reconocido que siempre que la ley deje alguna medida a juicio de la autoridad administrativa, hay poder discrecional), dicha medida, es decir, el acto que se adopte, debe mantener la debida proporcionalidad y la adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia. Este artículo 12, en relación al principio de la legalidad, tiene una riqueza inmensa, sobre todo en cuanto a las posibilidades de controlar la acción administrativa.

a'. *Límites a la discrecionalidad*

a''. *La proporcionalidad*

Por una parte establece que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si las sanciones administrativas por la infracción de una norma pueden aplicarse entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad contralora dentro de su libre apreciación de la situación, la Contraloría no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

b''. *La adecuación a la situación de hecho*

Pero además, la LOPA establece en ese mismo artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa. Es decir, el acto debe ser racional, justo y equitativo en relación a sus motivos. Por eso la LOSPP exige a la Contraloría en su artículo 43 que tome en cuenta, para imponer la sanción, la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado.

Ahora bien, qué alcance tiene esta exigencia de que el acto discrecional debe mantener adecuación con sus supuestos hechos: que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Contraloría obligada a probarlo. El acto, por

tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que un denunciante informa que un funcionario se sobregiró para sancionarlo. Si la Contraloría considera que hubo sobregiro, debe comprobarlo documentalmente y hacerlo constatar en el expediente. Esto implica que la carga de la prueba, en la actividad administrativa, recae sobre la Contraloría como principio general muy importante.

Por otra parte, la Contraloría no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente. Esto también abre toda una serie de límites derivados de la racionalidad, de la justicia y de la equidad en el tratamiento de los procedimientos.

c'. La finalidad

El artículo 12 LOPA, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por el funcionario. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del control público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, previsto expresamente en el artículo 206 de la Constitución.

d''. La formalidad

Otro límite al acto discrecional, de acuerdo a la última parte de este artículo 12, es que debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la ley.

e''. La igualdad

Además, el acto por más discrecional que pueda ser, no puede ser atentatorio del principio de la igualdad, que es un principio constitucional (Art. 61). Por tanto, si en un supuesto de hecho se aplicó una sanción a un funcionario, en otro supuesto de hecho igual debe aplicarse igual medida al otro funcionario. Por tanto, no es libre la Contraloría de sancionar, como le venga en gana, a los funcionarios de acuerdo a su apreciación aislada, en cada caso, sino que debe respetar

el principio de la igualdad, de la imparcialidad, frente a las situaciones jurídicas de los particulares, encontrando la imparcialidad asidero en el artículo 30 de la LOPA, y encontrando sanción en un principio como es el de la no distorsión de los procedimientos para perjudicar a los particulares, previsto en el propio artículo 3º de la LOPA, en conexión con el artículo 100.

b'. Criterios legales para la aplicación de las sanciones

En todos los casos de responsabilidad administrativa regulados en la LOSPP, la ley establece sanciones que deben ser aplicadas entre dos límites, uno mínimo y otro máximo. En esa aplicación, como se dijo, la ley exige que se aprecie la gravedad de la infracción y la naturaleza del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado, dentro de los mencionados límites a la discrecionalidad.

En esa apreciación, sin embargo, estimamos que deben aplicarse los criterios legales establecidos en otras leyes, particularmente las de orden fiscal. Así, por ejemplo, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 310 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que dispone lo siguiente:

Art. 310. Cuando se establece para contravenciones fiscales una pena comprendida entre dos límites, se hará la aplicación de ella conforme a lo que dispone el Código Penal, teniendo también en cuenta la mayor o menor gravedad del perjuicio que la contravención ocasione al Fisco, salvo que las leyes especiales dispongan otra cosa.

En esta materia, el Código Penal establece lo siguiente:

Art. 37. Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.

A pesar de que estos criterios legales deben tomarse en cuenta, sin embargo, estimamos que la regulación de las sanciones en la LOSPP varía el sentido de la norma. En materia de responsabilidad administrativa estimamos que no puede considerarse que la sanción "normal-

mente aplicable" sea el término medio entre los dos límites, como lo dispone el Código Penal, pues en la LOSPP debe siempre tenerse en cuenta "la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado" (Art. 43), lo cual elimina la regla de la normalidad.

b. *La calificación de los hechos y los conceptos jurídicos indeterminados*

Ahora bien, en la regulación de los supuestos de responsabilidad administrativa establecidos en la ley, se utilizan en muchas normas conceptos jurídicos indeterminados que dan origen a situaciones de hecho que deben ser correctamente calificadas, pero en esta calificación no hay en realidad poder discrecional alguno.

Por ejemplo, en el artículo 41 de la ley se sancionan las conductas funcionariales que impliquen la realización de *gastos innecesarios*, y en la regulación se emplean expresiones tales como "excedan a las *necesidades* del organismo" (ord. 1º); "*no sean estrictamente necesarios* a los fines del organismo" (ord. 3º); "*innecesario* para el funcionamiento del organismo" (ord. 4º); "no se correspondan con las *necesidades estrictamente* protocolares del organismo" (ord. 5º); "*erogaciones excesivas*" (ord. 6º); "*superiores a las necesidades* requeridas por el organismo" (ord. 7º). Asimismo, en la misma norma se sancionan conductas que impliquen realizar gastos a "*precios superiores* a los del mercado", y así se establece en las regulaciones (ords. 2º y 3º del artículo 41 LOSPP).

El derecho administrativo contemporáneo ha visto en estas expresiones típicos supuestos de lo que se denomina en doctrina y jurisprudencia, conceptos jurídicos indeterminados o nociones jurídicas imprecisas. La idea de los conceptos jurídicos indeterminados difiere radicalmente de la discrecionalidad y es más, la técnica del establecimiento de estos conceptos jurídicos indeterminados ha sido un proceso progresivo de reducción del ámbito de la discrecionalidad.

En efecto, como se ha señalado, discrecionalidad existe cuando la autoridad administrativa puede elegir entre varias decisiones, de manera que cualquiera que sea la que tome, esa es jurídicamente admisible. Si se quiere, hay discrecionalidad cuando hay una pluralidad de decisiones y de soluciones justas posibles, entre las cuales la Administración libremente escoge una. En estos casos la Administración tiene

libertad de escoger entre una u otra, de acuerdo a la apreciación de los hechos, pero cualquiera que aplique es válida. En cambio, la idea de los conceptos jurídicos indeterminados está presente cuando sólo *una* decisión es la jurídicamente admisible. Si se quiere, el concepto jurídico indeterminado está configurado por la ley como un supuesto concreto, regulado de tal forma, que sólo se da una única solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia de hecho. ¿Qué es lo necesario? Algo concreto; no hay varias clases de necesidad. Algo o es o no es necesario. En otros casos, la concreción es mayor cuando se agrega "estrictamente" necesario, lo cual debe ser calificado por el organismo.

Igual sucede, por ejemplo, con el concepto de justo precio: sólo hay un precio justo; no hay varios. Otro caso es el concepto de ruina, para que un inmueble pueda demolerse. El inmueble amenaza ruina o no, y en la determinación del estado ruinoso, no hay discrecionalidad, pues no hay varias soluciones posibles para aplicarlas.

Por tanto, en todos estos casos, el legislador utiliza conceptos jurídicos indeterminados o nociones jurídicas imprecisas, como se denominan también, pero que no dan lugar a actuaciones discrecionales. Inclusive, la doctrina italiana los califica como discrecionalidad técnica para distinguirlos de la discrecionalidad administrativa, estableciendo que no es lo mismo ésta, en la cual se dan varias soluciones, y la discrecionalidad técnica en la cual hay sólo una solución.

Esto se plantea, precisamente con el concepto de necesidad o precios superiores: o el gasto es o no es necesario, o es o no a precios superiores al mercado. No hay varias soluciones posibles, todas justas y válidas, sino que lo que hay, en realidad, es una solución.

En esta forma, debemos llegar al convencimiento, que en estos casos de responsabilidad administrativa, en la calificación de los hechos por la Contraloría, no estamos en presencia de un poder discrecional, pues el funcionario no tiene la libre elección entre muchas soluciones para decidir, lo que es o no necesario o es o no superior. Tiene que haber determinados principios técnicos, contables o de cualquier naturaleza propios de las ciencias de la Administración, que establezcan qué es o qué no es lo necesario y así poder aplicar la norma.

Por tanto, al contrario de una amplitud del poder discrecional de la Contraloría, en nuestro criterio, en la LOSPP lo que se ha operado en materia de responsabilidad administrativa es una reducción del poder discrecional.

D) *Formalidades de la decisión*

a. *La motivación de la decisión*

Por último, debe señalarse que el acto de la Contraloría General de la República, mediante el cual declare la responsabilidad administrativa, dada su naturaleza de acto administrativo y además de carácter sancionatorio, debe ser motivado. Esto no lo exige formalmente la LOSPP; sin embargo, se aplica evidentemente el artículo 9º LOPA, el cual prescribe que todos los actos administrativos de carácter particular, es decir, de efectos particulares, deben ser motivados excepto los de simple trámite, o salvo disposición expresa de la ley. A tal efecto, agrega el artículo 9º, en esa motivación deben hacer referencia a los hechos y a los fundamentos del acto.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al establecer en esta forma la obligación general de motivar los actos administrativos, ha variado sustancialmente la tradición jurisprudencial que venía delineándose en los últimos años. Se insiste, la ley ha establecido con carácter general que, todo acto administrativo de efectos particulares tiene que ser motivado, y las únicas excepciones se refieren a los actos de simple trámite y a los actos respecto de los cuales, por disposición expresa de la ley, esté excluida la motivación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde hace varias décadas, venía exigiendo el requisito de la motivación, como un requisito de forma de los actos, en el sentido de que ciertos actos administrativos, formalmente, debían expresar tanto la causa o motivo que los inspiraba como los supuestos legales o la base legal del acto; es decir, debían estar suficientemente razonados. Esta motivación se exigía, en primer lugar, respecto de los actos administrativos discrecionales; en segundo lugar, respecto de los actos administrativos sancionatorios; y en tercer lugar, respecto de los actos que impusieran obligaciones o que restringieran en alguna forma los derechos de los particulares. Este principio general se formulaba, además, en general, salvo que por expresa autorización legal, se excluyera que un determinado acto de esos tipos debía ser motivado. Así sucede, por ejemplo, en materia de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, en la cual se establece, expresamente, en su artículo 11, que la negativa de autorización de funcionamiento de una empresa bancaria no requiere de motivación.

La jurisprudencia, por tanto, no había establecido la necesidad de la motivación para todos los actos administrativos, sino que, básicamen-

te, la establecía para los actos sancionatorios y los que restringieran los derechos de los particulares y, también, para los actos discrecionales, ya que el control de los motivos en los actos discrecionales sólo podía hacerse en la medida en que estos actos fueran motivados; es decir, los motivos fueran exteriorizados.

La Ley Orgánica, sin embargo, ahora ha formulado el principio con una amplitud y generalidad mayores, pues exige la motivación en todo caso, y sólo cuando la ley expresamente excluya la obligación de motivar, es que ésta no es necesaria en los actos administrativos.

Por supuesto, la exigencia es aplicable a los actos administrativos de la Contraloría que declaren la responsabilidad administrativa e impongan las sanciones pertinentes, dada su naturaleza sancionatoria y por supuesto, sus efectos particulares. Por otra parte, debe recordarse que en este procedimiento, incluso actos de trámite, como los de la apertura de la averiguación, se exige que sean motivados, tal como lo establece el artículo 26 LOSPP.

Ahora bien, en cuanto a las formalidades de la motivación, ciertamente no se requiere que el acto contenga una exposición detallada y analítica de todo cuanto concierne al mismo, pero eso no implica que no sea necesario que el acto, como lo exige el artículo 9º de la ley, haga referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto, o como lo exige el artículo 18, ordinal 5º, que el acto contenga una expresión sucinta de los hechos, de los fundamentos legales pertinentes y, además, de las razones que hubiesen sido alegadas. De acuerdo a esta norma, por tanto, la motivación va más allá de la sola expresión sucinta de hechos y de fundamentos legales, y exige que el funcionario analice las razones que hubiesen sido alegadas por el interesado. En este sentido, por ejemplo, cuando el artículo 62 LOPA exige que el acto administrativo que decida el asunto, tiene que resolver todas las cuestiones que se hubiesen planteado, tanto inicialmente como durante la tramitación, implica que deben expresarse esas razones que hubiesen sido alegadas por los interesados y si las mismas se acogen o no por la autoridad administrativa.

b. *La exteriorización del acto*

Además, dentro de los requisitos de forma de los actos administrativos de la Contraloría General de la República, además de la formalidad procedimental y de la motivación, la Ley Orgánica de Proce-

dimientos Administrativos prescribe determinadas formas en cuanto a la exteriorización de sus actos administrativos. Así como la motivación es un requisito formal básico para el ejercicio del derecho a la defensa, también la exteriorización formal del acto que conlleva la motivación, debe considerarse como un requisito de validez de los actos y como un requisito para el ejercicio del derecho de la defensa.

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicable, por supuesto a la Contraloría, ha establecido por primera vez con carácter general en el ordenamiento positivo venezolano, los requisitos que deben contener los actos administrativos en su formulación expresa. Dicho artículo, en efecto, prescribe diversas formas que son obligatorias cuando se exteriorice un acto administrativo por escrito, al indicar que necesariamente debe contener lo siguiente: primero, el nombre del ministerio u organismo al cual pertenece el órgano que dicte el acto, en este caso, el de la Contraloría; segundo, el nombre del órgano que emite el acto; tercero, el lugar y fecha donde el acto es dictado; cuarto, el nombre de la persona u órgano a quien va dirigido; quinto, la expresión sucinta de los hechos y de las razones que hubiesen sido alegados y de los fundamentos legales del acto; sexto, la decisión correspondiente, en los términos mencionados respecto al contenido de la misma; séptimo, el nombre del funcionario o funcionarios que lo suscriben, con indicación de la titularidad con que actúen e indicación expresa, en caso de actuar por delegación, del número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia; y octavo, el sello de la oficina.

La ley exige, además, que el original del respectivo instrumento debe contener la firma autógrafa del o de los funcionarios que lo suscriben.

El acto administrativo de la Contraloría, así exteriorizado, conforme lo exige el artículo 28 de la LOSPP debe ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.

Esta publicación en *Gaceta*, por exigencia expresa de la ley y que se realiza en los términos del artículo 72 LOPA, marca el inicio de los efectos del acto administrativo y, por tanto, el inicio de los lapsos para impugnar el acto administrativo. Se trata aquí, de una excepción al principio del artículo 73 LOPA que exige que los "actos administrativos de carácter particular" que afecten derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos, deben ser notificados a los interesados. En

esta forma, en cuanto a los actos de declaración de responsabilidad administrativa y de imposición de sanciones, el artículo 28 de la LOSPP ha variado la opción alternativa que prevé el artículo 112 LOCGR y que permitía a la Contraloría o notificar personalmente sus actos o publicarlos. Ahora, siempre ha de publicarlos en *Gaceta Oficial*, y a partir de esa publicación es que comienzan a surtir efectos los actos, particularmente en cuanto a los recursos de impugnación que contra ellos puedan intentarse.

E) *Consecuencias de la decisión: la responsabilidad disciplinaria*

Ya hemos mencionado el contenido de la decisión que puede adoptar la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa, y su consecuencia inmediata: la imposición de sanciones administrativas, particularmente de carácter pecuniario, y la remisión de los recaudos al Fiscal General de la República, a los efectos de que intente las acciones que sean pertinentes, en materia civil o penal.

Sin embargo, también la declaratoria de responsabilidad administrativa puede dar origen a que quede comprometida la responsabilidad disciplinaria y a que se apliquen, por la Administración activa, sanciones disciplinarias.

En efecto, el artículo 84 de la LOCGR, establece lo siguiente:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además la inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

Esta norma, sin duda, requiere de algunos comentarios, para determinar los supuestos en los cuales, como consecuencia de la declaración de responsabilidad administrativa, también queda comprometida la responsabilidad disciplinaria.

Ante todo debe señalarse que la declaratoria de responsabilidad administrativa no implica siempre, la imposición de una sanción disciplinaria determinada, sino que el funcionario superior del funcionario declarado responsable en lo administrativo, debe aplicar la sanción disciplinaria que corresponda de acuerdo a la violación de deberes disciplinarios que resulten de aquélla. El artículo 84 LOCGR, en esta forma, modificó lo que establecía el artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa, según el cual, el auto de culpabilidad administrativa era, siempre, causal de destitución.

a. *La violación de deberes disciplinarios como consecuencia de la responsabilidad administrativa*

En esta forma, la declaración de responsabilidad administrativa puede dar origen a la aplicación de varias sanciones disciplinarias, según los deberes derivados de la relación de empleo público que sean violados con la actuación considerada irresponsable. En particular, los supuestos legales previstos en la LOSPP y que pueden dar origen a la declaratoria de responsabilidad administrativa, implican en general, o violación de los deberes de velar por los intereses de la Administración o en general por el patrimonio del Estado que regula la Ley de Carrera Administrativa, pudiendo acarrear las sanciones disciplinarias en ella prevista.

a'. *La violación del deber de velar por los intereses de la Administración*

En efecto, el principio general de fidelidad a la Administración impone una serie de deberes del funcionario público en cuanto a velar por los intereses de la Administración Pública Nacional, es decir, de cuidar los intereses del Estado. La Ley de Carrera Administrativa, la LOSPP y la Constitución, en este sentido, registran una serie de prohibiciones tendientes a garantizar este deber del funcionario en relación a los intereses de la nación, incluso con preeminencia sobre sus propios intereses particulares.

En este sentido es tradicional en Venezuela la prohibición contenida en el artículo 124 de la Constitución, de que los funcionarios públicos celebren contratos con la República, los Estados, las Municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público, por presumir que si hay un interés particular del funcionario público en un contrato determinado donde tenga interés el Estado, pueda haber colisión entre dichos intereses en perjuicio de este último. La prohibición tradicional de la Constitución la recoge ampliada el artículo 63 de la Ley Orgá-

nica de la Administración Central y el artículo 29, ordinal 1º de la Ley de Carrera Administrativa, al prohibir a los funcionarios públicos la celebración de contratos, por sí, por interpuesta persona o en representación de otro, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público. Asimismo, la ley amplía la prohibición, hasta el punto de no aceptar que un funcionario pueda auspicar gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República o soliciten o exploten concesiones administrativas o sean proveedoras o contratistas de la misma (Art. 29, ord. 3º LCA); y así evita el posible conflicto de intereses que pueda surgir entre el del funcionario que gestiona y el interés de la Administración, el cual debe defender.

Las sanciones disciplinarias que la Ley de Carrera Administrativa fija en caso del incumplimiento de estas prohibiciones conducen a la *destitución* (Art. 62, ord. 9º LCA), y cabe destacar que conforme a esta ley, fue la primera vez en nuestro ordenamiento jurídico que se sancionó dicha prohibición.

Por otra parte, el deber de velar por los intereses de la Administración Pública como parte del deber general de fidelidad, implica también que el funcionario público ha de inhibirse del conocimiento de cualquier asunto en el cual personalmente o a través de terceros tuviera interés directo o bien existiere este interés por parte de su cónyuge o de sus familiares, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Art. 30 LCA), lo cual repite el artículo 36, ord. 1º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este sentido, es causal de *destitución* de acuerdo con el artículo 62, ordinal 8º de la Ley de Carrera Administrativa, el participar por sí o por interpuesta persona en firmas o sociedades que tengan relaciones con la respectiva dependencia, cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña, salvo que el funcionario haya hecho conocer por escrito esta circunstancia para que se le releve del conocimiento o tramitación del asunto en cuestión.

b'. *La violación del deber de velar
por el patrimonio del Estado*

Pero el deber general de fidelidad y de velar por los intereses de la Administración Pública, trae también como consecuencia el de vigilar y velar por el patrimonio del Estado y por su integridad. Por ejemplo,

el artículo 28, ordinal 5º de la Ley de Carrera Administrativa, exige que el funcionario público vigile, conserve y salvaguarde los documentos, bienes e intereses de la Administración pública nacional confiados a su guarda, uso o administración. Se establece, por tanto, la obligación específica de que el funcionario vele por los intereses materiales del Estado, hasta el punto de que la propia Ley de Carrera Administrativa prevé para su incumplimiento, sanciones disciplinarias que van desde la amonestación hasta la destitución.

En efecto, se establece como causal de *amonestación* la conducta descuidada en el manejo de expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina (Art. 59, ord. 4º LCA) y los perjuicios materiales causados por negligencia manifiesta a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución (Art. 60, ord. 3º LCA). Específicamente, como causal de *destitución*, la ley precisa el caso de perjuicios materiales graves causados intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República (Art. 62, ord. 3º LCA).

b. *Oportunidad y autoridad competente, para aplicar la sanción disciplinaria*

Tal como resulta de lo establecido en el artículo 84 LOCGR y 29 LOSPP, la autoridad competente para imponer la sanción disciplinaria que resulte como consecuencia de la declaración de responsabilidad administrativa, es el superior jerárquico del funcionario sancionado, que tenga competencia para imponer las sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa.

Esta sanción disciplinaria que corresponda debe aplicarse en un lapso de 30 días después de la notificación a la Administración activa de la decisión de la Contraloría que haya quedado firme.

En efecto, el lapso no se cuenta a partir de la fecha de la decisión de Contraloría sino desde que se notifique cuando haya quedado firme, sea porque los lapsos para su impugnación administrativa o contencioso-administrativa se vencieron, sea porque impugnada en vía contencioso-administrativa, el recurso haya sido declarado sin lugar. Por tanto, la imposición de la sanción disciplinaria consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa sólo es posible después que ésta haya adquirido firmeza, y en el lapso de 30 días a partir de que ello se notifique a la Administración activa.

Ahora bien, si transcurriere ese lapso sin que se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, dice el artículo 29 LOSPP,

el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República requerir de la Administración la imposición de la sanción que estime pertinente.

c. Las sanciones disciplinarias y su impugnación

Tal como se ha señalado, las sanciones disciplinarias que pueden imponerse a los funcionarios públicos como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, son las previstas en la Ley de Carrera Administrativa, siempre que el hecho que originó la responsabilidad administrativa haya significado también la violación de los deberes previstos en dicha ley. Dichas sanciones disciplinarias van desde la amonestación a la destitución.

Sin embargo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, agrega una sanción disciplinaria accesoria a la sanción de destitución, consistente en la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

En efecto, el último aparte del artículo 84 de la LOCGR establece lo siguiente:

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

No queda claro, de esta norma, quién es la "autoridad competente". La lógica de la disposición permite, sin embargo, pensar que es el funcionario superior de la Administración activa que impone la sanción de destitución.

Por otra parte, resulta claro que la inhabilitación no es consecuencia automática de la destitución, sino que puede establecerse como sanción accesoria. Además, para que sea efectiva, parecería necesario que se regule su forma de tramitación, pues la Oficina Central de Personal debería ser el órgano competente para controlar la tal inhabilitación.

Por último, en cuanto a las sanciones disciplinarias, debe mencionarse que la LOSPP legitima como recurrente eventual ante el Tribunal de Carrera Administrativa, no sólo al funcionario, sino al Ministerio Público (Art. 29), por supuesto, para el caso de que éste estime que la sanción disciplinaria impuesta no es la que debería ser impuesta.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS CON PARTICULAR REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DISCIPLINARIA

ELOÍSA AVELLANEDA SISTO
ALEXIS PINTO D'ASCOLI

S U M A R I O

INTRODUCCION.

I. *LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS.* 1. La responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal de los funcionarios. 2. La consagración de la responsabilidad de los funcionarios en nuestra legislación.

II. *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS.* 1. Características generales de la responsabilidad administrativa: responsabilidad administrativa y responsabilidad penal. 2. La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria.

III. *LAS SANCIONES EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA.* 1. Sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa: concepto, causales, procedimientos. 2. Impugnación de las sanciones disciplinarias.

IV. *LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.* 1. Las averiguaciones administrativas. A. Naturaleza jurídica. B. Diferencia entre las Averiguaciones Administrativas y los reparos a las cuentas de los funcionarios. C. El procedimiento de las Averiguaciones Administrativas. 2. El auto de responsabilidad administrativa. A. Naturaleza jurídica. B. Sujetos pasivos del auto de responsabilidad administrativa. C. Efectos del auto de responsabilidad administrativa.

V. *LOS ILICITOS ADMINISTRATIVOS CONTEMPLADOS EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.* 1. Supuestos específicos. A. Violación de deberes de sana administración. B. Violación de deberes derivados de la aplicación de la ley. 2. Supuesto general.

INTRODUCCION

El tema que se analizará a continuación: la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, es en la actualidad un tema de mucho interés para la colectividad venezolana, dada las múltiples disposiciones que en relación a la materia consagra la novísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, vigente a partir del pasado 1º de abril.

En efecto, y así lo han señalado algunos de nuestros administrativistas, entre ellos el doctor Allan Brewer-Carías, la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos no estaba regulada suficiente y coherentemente en nuestro ordenamiento jurídico. El "auto de culpabilidad administrativa" emanado de la Contraloría General de la República, que era el acto en donde se declaraba la responsabilidad administrativa del funcionario, tenía un valor meramente declarativo, pues no imponía ninguna sanción, ya que la sanción a aplicar era de carácter disciplinario, por tanto, competencia de la Administración activa. Con tal sistema es fácil comprender, que la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos —a pesar de estar consagrada constitucional y legalmente en nuestro sistema— en realidad se materializaba en poquísimos casos, ya que ella no generaba una consecuencia —una específica sanción administrativa— sino que se convertía en falta disciplinaria a ser impuesta a discreción por la administración activa.

La Ley de Salvaguarda viene a corregir esta insuficiente regulación de la responsabilidad administrativa, al establecer los supuestos concretos que pueden originar dicha responsabilidad, y lo que es más importante, las sanciones a aplicar en caso que un sujeto —particular o funcionario— incurra en violación o inobservancia de sus deberes frente a la Administración.

El presente trabajo se ha dividido en cinco partes: en la primera de ellas se trata, de manera general, lo concerniente a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad personal e individual de los funcionarios públicos, de la cual la responsabilidad administrativa no es más que una clase o especie de esa responsabilidad individual. Ambas responsabilidades tienen expresa consagración constitucional, lo mismo que el principio contrario, esto es, el de irresponsabilidad, en el sólo y único caso de los senadores y diputados por votos y opiniones emitidos durante el ejercicio de sus funciones.

En la segunda parte se estudia específicamente la responsabilidad administrativa, su naturaleza, su diferencia con la responsabilidad penal

y, en especial, su distinción de la responsabilidad disciplinaria, criterio consagrado en nuestro sistema jurídico positivo, a pesar que la doctrina, tanto nacional como extranjera, tradicionalmente ha señalado de que se trata de nociones sinónimas.

La tercera parte está dedicada, en consecuencia, a la responsabilidad disciplinaria y, más concretamente, las sanciones disciplinarias y su regulación en el derecho venezolano. En ella se analizan las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General y se destacan criterios jurisprudenciales, en especial, del Tribunal de la Carrera Administrativa, en torno a conceptos subjetivos de necesaria precisión en el momento de aplicar una sanción disciplinaria, tales como: falta de probidad, insubordinación, acto lesivo a los intereses del organismo, etc. . . . También se trata en esta tercera parte, los medios de impugnación, administrativos y jurisdiccionales, de dichas sanciones.

La cuarta parte está relacionada con la declaratoria de responsabilidad administrativa por parte de la Contraloría General de la República, el llamado "auto de responsabilidad administrativa", resultado de las averiguaciones administrativas y la diferencia de éstas con los reparos que también formula el organismo contralor.

Por último, en la quinta parte se analizan los ilícitos administrativos contemplados en la novísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y su concreta regulación legal.

I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

1. *La responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal de los funcionarios*

El término "responsabilidad" —en su connotación jurídica— puede definirse como la consecuencia que ha de soportar un sujeto de derecho con motivo de una acción u omisión que le es imputable. Desde este punto de vista, y en relación a la Administración Pública y a los funcionarios que la integran, es unánime hoy día la posición de la doctrina que afirma la responsabilidad de la Administración y de sus funcionarios por actos que lesionan a los administrados.

Sin embargo, este reconocimiento de la responsabilidad de la Administración —o mejor dicho, del Estado por cualquiera de sus actuaciones: legislativa, administrativa o jurisdiccional— es característico del moderno Estado de derecho, que implica sometimiento a la legalidad

y consagración de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los actos que realicen en ejercicio de sus funciones;¹ no así de otras épocas, en los comienzos de la conformación del Estado, donde privaba el principio contrario: el de la irresponsabilidad del Poder Público.

En efecto, el punto de partida fue el principio de la irresponsabilidad del poder público, el cual se halla en el origen de todos los derechos públicos. A mitad del siglo XIX, la idea dominante aún era que la responsabilidad del Estado no se comprometía sino cuando él actuaba como persona privada. El Estado soberano era irresponsable, salvo casos expresamente previstos por la ley. Los perjuicios causados por la prestación de servicios públicos eran entendidos como riesgos que tenían que correr los administrados, una suerte de compensación por los beneficios que estos servicios le procuraban. A fines del siglo XIX, los autores constatan todavía la existencia de estos principios, así por ejemplo, Labaudère cita la expresión de Laferrrière: "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación", y aun cuando la jurisprudencia (*arrêt* Blanco) hubiere afirmado la autonomía de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad civil, señalando que aquella no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, lo cierto es que aún para esa época, la responsabilidad administrativa era restringida, el propio *arrêt* Blanco señaló que la "responsabilidad que podía incumbir al Estado no era ni general ni absoluta".²

Naturalmente, que es en ocasión de la función administrativa que la responsabilidad de las colectividades públicas tiene su mayor vigencia, toda vez que es a través de esta función donde el Estado tiene mayor oportunidad de manifestarse, dado las múltiples actuaciones materiales de la Administración. De allí, que al principio sólo la función administrativa daba lugar a responsabilidad y ello en condiciones muy limitadas. Posteriormente, el concepto de responsabilidad se ha desarrollado considerablemente al interior de la función administrativa y luego fue admitida —en condiciones limitadas— respecto a la función legislativa y la función jurisdiccional.

Hoy en día, la irresponsabilidad del Estado no es más que un principio de excepción, limitado a cuestiones muy particulares.

Admitida que la actividad del Estado —concretamente de la Administración— puede verse comprometida por la existencia de daños cau-

1. Brewer-Carías, Allan: "Aspectos del Control Político sobre Administración Pública", en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, abril, mayo, junio de 1981, p. 111.
2. De Laubadère, André: *Tratado de Derecho Administrativo*, 7° ed. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence - 1976, p. 702.

sados a particulares en ejercicio de esta función, se plantea el problema de determinar los fundamentos jurídicos de esta responsabilidad.

Según De Laubadère, el fundamento de la responsabilidad de la administración se ha establecido en base a la idea de que los servicios públicos funcionan en interés general de la colectividad; ésta por disfrutar de los beneficios que estos servicios generan, debe soportar la carga de una eventual reparación, cuando el funcionamiento de alguno de estos servicios públicos cause un perjuicio especial a un individuo. Es la idea de la "igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas"; criterio diametralmente contrario a la idea que, originalmente, fundamentaba la irresponsabilidad del Estado, según la cual, los perjuicios provocados por los servicios públicos constituían riesgos que debían ser soportados por cada administrado beneficiario del conjunto de servicios prestados por el Estado.

Esta fundamentación, sin embargo, no tiene una aceptación general y total en derecho administrativo en virtud de razones prácticas de orden financiero: el temor de ver los patrimonios administrativos afectados por numerosas y pesadas cargas, restringe la aplicación de la teoría del riesgo a ciertos rubros que la jurisprudencia ha venido señalando sucesivamente; fuera de ello, se exige una falta como condición de la responsabilidad, lo cual permite al juez limitar las cargas financieras de las colectividades públicas.

En consecuencia, la responsabilidad de la Administración puede verse comprometida por dos vías: a) porque el hecho que causa el daño fue producido por culpa (responsabilidad por culpa), y b) porque hay una relación causa-efecto entre el perjuicio y la actividad incriminada, aun cuando ésta sea perfectamente correcta (es la llamada responsabilidad por riesgo o responsabilidad sin falta).

En el derecho administrativo francés se acoge ampliamente la teoría de la responsabilidad por riesgo, sin embargo —como se señaló anteriormente—, esta aceptación no es general sino en relación a ciertos aspectos. En Francia, pues, hay coexistencia de los dos sistemas: el de la falta administrativa y el del riesgo administrativo.

La responsabilidad por falta constituye actualmente el derecho común de la responsabilidad de la Administración. En regla general, el juez administrativo no condena a la Administración sino cuando hay una falta imputable a ella, la cual puede revestir dos formas: a) puede consistir en una falta individual cometida por un funcionario que es posible identificar, es la llamada "falta del servicio del funcionario",

y b) falta anónima cuyo autor no aparece de manera clara, identificable: es el servicio en su conjunto que ha funcionado mal: mala organización o funcionamiento defectuoso del servicio que es la llamada "falta del servicio público".

Como se ha señalado, la teoría de la responsabilidad por riesgo reposa en el hecho objetivo de la relación causa-efecto entre el perjuicio causado y la actividad desarrollada, aunque no haya culpa. Es, sin embargo, una teoría de excepción y la jurisprudencia ha ligado siempre su aplicación a la existencia de un requisito excepcional, anormal: la exigencia de un perjuicio excepcional, de un riesgo también excepcional, o ambos, e incluso, la contrapartida de una prerrogativa excepcional.

En nuestro derecho positivo, la responsabilidad del Estado venezolano está establecida expresamente en el artículo 3º de la Constitución Nacional, el cual establece:

El Gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, *responsable* y alternativo.

De igual manera, el artículo 47 de nuestro texto fundamental dispone que "en ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública".

Esta norma del artículo 47 de la Constitución, incorporada por primera vez a nuestro ordenamiento legal en la Constitución de 1901, tuvo por finalidad "exonerar de responsabilidad al Estado por los hechos ilícitos cometidos por los revolucionarios en las guerras civiles y evitar así las constantes reclamaciones de daños y perjuicios que provenían principalmente de los extranjeros. Por eso se exige, para empeñar la responsabilidad del Estado, que el daño sea causado por una autoridad competente (las anteriores Constituciones decían autoridad legítima), en ejercicio de sus atribuciones legales".³

En relación a la citada norma constitucional, cabe destacar, igualmente, que la misma hace referencia a "autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública", por tanto, se trata de autoridades legítimas... "en ejercicio de la función legislativa, jurisdiccional, adminis-

3. Andueza, José Guillermo, citado por Allan Brewer-Carías, en *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*; Colec. Tesis de Doctorado, Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1964, Ed. facsimilar - Editorial Arte, 1982, p. 419.

trativa o de gobierno. No hay ninguna norma constitucional que excluya la responsabilidad del Estado en alguno de estos últimos supuestos”.⁴

La norma del artículo 47 de la Constitución está complementada con la disposición del artículo 206 del texto constitucional, la cual atribuye competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para condenar a la Administración “a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración” lo cual logra el particular lesionado a través del llamado “recurso de plena jurisdicción”.

En nuestro país, la responsabilidad de la Administración también está fundamentada en las nociones de culpa y riesgo, las cuales son entendidas y aplicadas de conformidad a las normas establecidas en el Código Civil.

En Venezuela —al igual que en el sistema francés— la responsabilidad de la Administración proviene por falta, es la llamada “responsabilidad por culpa”, y por riesgo —es la denominada “responsabilidad por riesgo”. Sin embargo, nuestro sistema presenta una gran diferencia con el sistema francés, ya que en el nuestro la responsabilidad de la Administración está regulada por los principios que en relación a la responsabilidad extracontractual contiene el Código Civil y que pueden ser aplicados de igual manera en el campo del Derecho Administrativo. En Francia, por el contrario, la responsabilidad de la Administración es una noción que descansa en principios autónomos e independientes de la responsabilidad civil, y aunque también se fundamenta en la noción de falta o culpa, ésta no es la teoría de la falta o culpa civilista, sino la llamada “falta del servicio”, que como se señaló anteriormente, es aquella falta anónima cuyo autor no es identificable, en otras palabras, es el servicio público en su conjunto el que ha funcionado mal, por mala organización o por funcionamiento defectuoso.

En consecuencia, la responsabilidad por culpa de la Administración es —en nuestro derecho— “...una responsabilidad directa, por hecho propio, ya que el acto ejecutado por una autoridad competente en ejercicio de sus atribuciones legales sólo puede ser imputado al Estado”.⁵ Por tanto, todo acto ejecutado con dolo, negligencia o imprudencia o bien en exceso del ejercicio de un derecho que ha sido conferido, si ha causado un daño a otro, debe ser reparado.

4. Brewer-Carías, Allan: *Las Instituciones Fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 418.

5. Andueza, José Guillermo, citado por Brewer-Carías: *Las Instituciones Fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 421.

Pero la responsabilidad de la Administración puede también fundamentarse —en algunos supuestos— en la noción de riesgo, donde no juega papel alguno la idea de culpa o falta antes mencionada. En efecto, la teoría del riesgo se basa en la relación causa-efecto entre el perjuicio causado y la actividad incriminada, aun cuando ésta sea perfectamente correcta.

La teoría del riesgo para fundamentar la responsabilidad de la Administración es una creación de la jurisprudencia francesa, que como se señaló anteriormente, consideraba que la colectividad —representada en la Administración— debía asumir los riesgos que se generaran cuando el funcionamiento de algún servicio público causara un perjuicio especial a un individuo y soportar —igualmente— la carga de una eventual reparación. Se observa, pues, que la teoría de la responsabilidad por riesgo reposa en el hecho objetivo de la relación causa-efecto entre el perjuicio causado y la actividad desarrollada, aunque no haya culpa.

En el derecho administrativo francés se acoge esta teoría de la responsabilidad por riesgo; sin embargo, esta admisión no es general sino en relación a ciertos aspectos.

En nuestro derecho positivo la teoría del riesgo está acogida en el artículo 1.193 del Código Civil respecto a las cosas, es decir, que toda persona responde del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda. En materia de tránsito terrestre también se acoge la teoría del riesgo para establecer la responsabilidad del conductor. Sin embargo, en nuestro país no hay responsabilidad civil por hecho personal fundada en la teoría del riesgo, la cual sí es acogida por la legislación laboral que admite la indemnización por parte de la empresa al trabajador, cuando el hecho dañoso se ha producido por causa del azar o fuerza mayor; en consecuencia, los infortunios del trabajo en nuestra legislación están amparados por la responsabilidad objetiva, la llamada responsabilidad por riesgo.

En lo que toca a la responsabilidad de la Administración fundada en la noción de riesgo y con prescindencia absoluta del concepto de culpa, sostienen algunos de nuestros tratadistas —entre ellos el doctor Brewer-Carías—, que es una tesis perfectamente aplicable a la responsabilidad administrativa.⁶

Ahora bien, admitida la responsabilidad del Estado por el daño causado por sus órganos en el ejercicio de cualquiera de las funciones del poder público y que el particular lesionado tiene derecho a una re-

6. Brewer-Carías, Allan: *Las Instituciones Fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 427.

paración, se plantea el problema de determinar cuál patrimonio deberá soportar esa carga, surgiendo de esta manera la responsabilidad personal de los funcionarios.

Según De Laubadère, teóricamente pueden distinguirse tres posibles situaciones:

- a) El funcionario autor del hecho dañoso responde del mismo con su patrimonio personal. Es la fórmula tradicional adoptada por el sistema anglosajón, por lo menos en relación al Estado en sí mismo aunque no para las colectividades locales;
- b) Un segundo sistema por el cual la persona pública es siempre responsable de la acción de sus agentes y del funcionamiento de sus servicios públicos. Lo esencial de este sistema es que la víctima puede siempre reclamar la reparación a la colectividad pública, independientemente que ésta pueda recurrir luego contra sus agentes;
- c) Un tercer sistema conforme al cual, la responsabilidad incumbe —según los casos— sea al funcionario sea a la persona pública. La víctima debe dirigirse a una o a otra, según las condiciones en que el daño se haya producido. Este sistema puede conllevar —accesoriamente— una fórmula de “cúmulo de responsabilidades”, en virtud de la cual en ciertos casos, la víctima podrá —a su elección— perseguir, demandar al funcionario o a la Administración.

Evidentemente, es interés del funcionario que el Estado lo proteja con motivo de sus actos perjudiciales; asimismo, el particular lesionado tiene interés en demandar a la persona pública, que es siempre solvente, que al funcionario que puede no serlo.

Desde el punto de vista de las finanzas públicas, es evidente también que el interés del Estado estará porque se demande la responsabilidad personal del funcionario. El interés general, sin embargo, impone una solución intermedia y equilibrada: no conviene que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o cubierta, porque esta ausencia de sanción alentaría sus negligencias. Pero sería igualmente impertinente imponer una responsabilidad excesiva y automática del funcionario que podría paralizar sus iniciativas u obstaculizar su reclutamiento.

La responsabilidad del funcionario puede verse comprometida tanto en relación a los administrados, como en relación a la Administración en sí misma.

Frente a los administrados, la distinción de la responsabilidad de la administración de la del funcionario, reposa sobre la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal. La reparación corresponde a la Administración si el acto que causa el daño resulta de un hecho del servicio y ha constituido una falta del servicio; al contrario, ella corresponde al funcionario si ha habido hecho personal y falta personal.

Para distinguir una de otra, la doctrina, principalmente en Francia, ha buscado precisar el criterio de la falta personal. La teoría más clásica se expresa en la fórmula, todavía célebre hoy en día, propuesta por Laferrière en sus conclusiones sobre el caso Laumonnier - Carriol, que ha sido calificada como la "doctrina de las pasiones personales": hay falta del servicio si el acto que causa el perjuicio es "impersonal, revela un administrador más o menos sujeto a error", hay falta personal, si él revela "el hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias". Es una concepción esencialmente subjetiva.⁷

Otra concepción, calificada de puramente objetiva, sostiene que la falta será personal o no del funcionario, según que su apreciación oblique o no al juez a apreciar el acto administrativo con ocasión al cual el daño ha sido causado. Los principales autores modernos han propuesto puntos de vista diversos: ellos se diferencian, principalmente, por el hecho de que hacen predominar sobre la definición de la falta personal, sea la idea de la falta intencional, sea la idea de la falta grave, grosera. Hauriou, luego de haber equiparado la falta personal a la falta grosera, evidente, abandonó esta idea para acoger finalmente los criterios intencionales: "la voluntad en el agente de no actuar conforme a la ley o conforme al servicio". Para Jèze, la falta personal es esencialmente la falta grave, evidente del funcionario: error grosero de hecho o de derecho, violación de la ley penal. Para Duguit, la teoría de la falta personal es esencialmente, la teoría del fin perseguido: lo que vuelve a la falta personal, no es su gravedad, sino el hecho de que el agente se ha salido del fin de su función, cualquiera que haya sido la gravedad de su falta.

Para la jurisprudencia francesa son faltas personales:

1. Las faltas cometidas por el funcionario fuera del ejercicio de su función: por ejemplo, en su vida privada (accidente de tránsito fuera de horas de servicio).

7. De Laubadère, André: *ob. cit.*, p. 683.

2. Faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, pero que puedan ser separadas de la función misma en razón de su carácter de faltas intencionales, de faltas evidentes, groseras. La falta intencional es aquella — y en esto no hay discusión— en donde aparece la intención malévola que ha podido animar a su autor. La falta personal no se equipara con la desviación de poder, ya que el acto viciado por esta causa sigue siendo un hecho de servicio si el fin incorrecto es —sin embargo— un fin de servicio. La falta grosera, evidente, es considerada como un caso de responsabilidad personal del funcionario por la jurisprudencia, independientemente de la falta intencional: por ejemplo, uso inútil de un arma de fuego por un agente de policía.

El llamado “cúmulo” o “coexistencia de responsabilidades” se plantea, cuando la responsabilidad de la Administración se encuentre igual y simultáneamente comprometida junto con la responsabilidad del funcionario, ya que el hecho que causa el daño proviene de una falta personal del funcionario. Teóricamente, pueden darse tres soluciones: 1) Una solución totalmente negativa, según la cual sólo hay lugar a una u otra responsabilidad, presenta el inconveniente de descansar en una visión racional sumamente abstracta y de conducir a situaciones prácticas injustas, toda vez que la víctima —que siempre tiene interés en encausar a la Administración ya que ésta se presenta con mayor solvencia que el funcionario— tendrá más garantías en el caso de que se trate de faltas de servicio que si se trata de faltas personales, aun cuando estas últimas son, por definición, mucho más graves. 2) Otra solución es la del cúmulo integral, que señala que en caso de falta personal, la víctima puede siempre perseguir a la Administración de preferencia al funcionario, ya que ésta garantizaría automáticamente la responsabilidad de dicho funcionario. El inconveniente de esta posición es que el Estado no dispone normalmente de recurso contra el funcionario o si se descuida en el ejercicio de éste, la impunidad práctica que se originaría, estimularía negligencia en los funcionarios. 3) Por última, pueden darse diversas fórmulas de cúmulo limitado, sea que se admita éste para ciertas faltas personales solamente, sea que se tomen en cuenta otras nociones o circunstancias, como por ejemplo, la insolvencia del funcionario.

En Francia, en una primera época, el principio era el de no acumular ambas responsabilidades: no había lugar sino para la responsabilidad personal o para la responsabilidad administrativa: una excluía

a la otra. Esta concepción ha terminado por parecer a la doctrina (Jèze) de una lógica muy rigurosa. Posteriormente, a través de una serie de célebres decisiones, el Consejo de Estado (Arrêt Lemonnier: 26-7-1918), ha establecido la posibilidad del cúmulo de responsabilidades. Desde entonces, la tendencia de la jurisprudencia administrativa ha sido en favor de extender el campo de aplicación del principio del cúmulo de responsabilidades, incluso, se ha llegado a una verdadera fórmula de cúmulo integral, con la sola excepción de que éste no procede en caso de faltas personales cometidas fuera del servicio.

Así, en el sistema francés, que se caracteriza por la existencia de doble jurisdicción (judicial y administrativa), el particular lesionado puede escoger libremente entre accionar contra la Administración ante los tribunales administrativos, o bien demandar al funcionario delante los tribunales judiciales; y puede reclamarle, tanto al uno como al otro, la integridad o totalidad del perjuicio sufrido. Evidentemente no está permitido ser indemnizado dos veces en razón de la doble acción que él ha podido intentar: "frente al principio del cúmulo de responsabilidades figura, pues, el principio de la no acumulación de indemnizaciones".⁸

En el sistema venezolano, el problema del cúmulo de responsabilidades entre la Administración y el funcionario se presenta de manera diversa. En efecto, por interpretación en contrario de lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución, el Estado venezolano —y por ende su Administración— es siempre responsable por los daños y perjuicios que hayan sido causados por sus autoridades legítimas en ejercicio de su función pública; en consecuencia, "...la Administración es responsable así esa autoridad legítima haya actuado dolosamente...".⁹ Al contrario, en el sistema francés, como ya lo hemos señalado anteriormente, la falta cometida por el funcionario en forma intencional, dolosa, es considerada falta personal y por tanto compromete la responsabilidad personal de funcionario, así haya sido cometida en ejercicio de sus funciones.

Pero nuestra legislación no solamente consagra la responsabilidad de la Administración en todo caso de actuación de autoridades legítimas, sino que también establece expresamente su responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, "sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes" (artículo 46 de la Constitución).

8. De Laubadère, André: *ob. cit.*, p. 693.

9. Brewer-Carías, Allan: *Las Instituciones Fundamentales...*, p. 425.

Por otra parte, el artículo 121 de nuestro texto fundamental establece:

El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.

De los artículos señalados, podemos concluir, afirmando que en nuestro sistema están consagrados claramente tanto la responsabilidad de la Administración como la personal o individual de los funcionarios, produciéndose por tanto "...una responsabilidad solidaria, de suerte que el particular lesionado puede dirigirse contra la Administración y contra el funcionario público. Entra en juego, entonces, el artículo 1.195 del Código Civil".¹⁰

En consecuencia, en nuestro sistema procede el cúmulo de responsabilidad de la Administración y el funcionario, porque se desprende de las disposiciones constitucionales.

En opinión del doctor Brewer-Carías: "...en el sistema venezolano no puede darse el supuesto de acumulación de culpas, entre la culpa del funcionario imputada a la Administración y la culpa del funcionario imputado a él mismo, y ello porque la segunda, hemos dicho, para que entre en juego tiene que haber sido realizada con independencia total del servicio público o del ejercicio de sus funciones públicas".

Este supuesto, en cambio, sí puede darse en sistemas como el francés, que distinguen entre la "culpa del servicio" y la "culpa del funcionario".¹¹ Sin embargo, en opinión del doctor Lares-Martínez, nuestra jurisprudencia ha acogido en cierto modo la tradicional distinción francesa. En efecto, nuestra jurisprudencia a hecho referencia a "la falta separable", es decir, aquella donde se puede distinguir entre la falta del funcionario que actuó por pasión (venganza, deseo de favorecer) del hecho que es atribuible a la falta de organización del Estado o negligencia excusable del funcionario, en cuyo caso quien responde es el Estado (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 14-11-63, citada por Lares-Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, 1978, página 437).

En cuanto a la responsabilidad del funcionario frente a la Administración, ésta puede presentarse en dos casos:

- a) Cuando el funcionario ha causado directamente un daño a la Administración por sus actuaciones, y

10. Brewer-Carías, Allan: *Las Instituciones Fundamentales...*, p. 426.

11. Brewer-Carías, Allan: *ob. cit.*, pp. 426-427.

- b) Cuando en aplicación de las reglas que rigen el cúmulo de responsabilidades, la Administración ha sido condenada a indemnizar a un tercero (víctima), en razón de un perjuicio o daño del cual el funcionario es total o parcialmente responsable.

La respuesta a este problema ha sido objeto, en Francia, de una evolución radical marcada por el llamado *arrêt* Laruelle del Consejo de Estado (28-7-51). En efecto, antes de esta decisión se consideraba que el funcionario era irresponsable frente a la Administración, salvo algunos casos excepcionales. Después del *arrêt* Laruelle, el principio acogido es el contrario, el de la responsabilidad del funcionario frente a la Administración.

El principio tradicional de la irresponsabilidad pecuniaria del funcionario frente a la Administración por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones era un principio no escrito, pero aplicado de manera constante aun cuando era muy frecuentemente criticado por la doctrina. La razón de ser práctica de este principio radicaba en la idea que las responsabilidades pecuniarias sobre los funcionarios podrían ser a menudo tan pesadas, que ello podría causar la paralización de su espíritu de iniciativa. Se trataba, por supuesto, de irresponsabilidad por faltas personales cometidas en ejercicio de sus funciones, no de faltas cometidas fuera del ejercicio de éstas. La Administración de lo que disponía era de la acción surgida de la subrogación sobre los derechos del tercero, víctima contra el funcionario: no tenía acción directa la Administración, salvo en ciertos casos excepcionales: responsabilidad de los alcaldes respecto a sus comunas por gastos o trabajos irregulares, responsabilidad de los ministros y de otros ordenadores del Estado por infracciones a las reglas presupuestarias, etc. . . Pero en el llamado *arrêt* Laruelle, el Consejo de Estado abandonó completamente el principio de la irresponsabilidad del funcionario frente a la Administración y desde entonces admite la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios por los perjuicios causados tanto directamente a la Administración como en los casos de que ésta, en virtud del cúmulo de responsabilidades, debe responder a un tercero.

En todo caso, importa destacar que la responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución esencial en el Estado de derecho. Establecer los deberes de los funcionarios y consagrar sus atribuciones no serviría de nada, si los funcionarios pudieran impunemente extralimitarse en ejercicio de dichas funciones o no cumplir con sus deberes. En consecuencia, no es suficiente con la declaración de nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho, sino que es necesario que a

través de sanciones de diverso orden, "se mantenga a los funcionarios dentro del círculo preciso de las atribuciones y deberes que las normas jurídicas les trazan".¹²

En igual sentido se ha manifestado Marienhoff, al señalar que el reconocimiento o aceptación de que los funcionarios públicos son responsables por sus comportamientos contrarios a derecho, es una cuestión trascendental para el afianzamiento de las libertades públicas. Citando a Gastón y Marín señala asimismo: "Es importantísima la existencia de responsabilidad de los funcionarios para evitar el abuso del poder de la burocracia y asegurar garantías efectivas a los ciudadanos. No puede decirse que se viva en Estado de derecho si la responsabilidad del empleado no puede hacerse real. Precisa la existencia de leyes que la declaren y faciliten su existencia y que la opinión pública reclame su efectividad".¹³

Aguiar, también citado por Marienhoff, destaca: "se ha considerado que la responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños que causaren en el ejercicio de sus funciones, es una de las más grandes conquistas de la democracia liberal contemporánea. Toda traba puesta a su efectividad, o que en el hecho la haga ilusoria, ha sido calificada de medida tiránica imaginada por el más hábil y absoluto de los déspotas".¹⁴

Acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos, la doctrina ha señalado la existencia de tres sistemas, los cuales fueron acogidos —en mayor o menor grado—, por los distintos derechos positivos; tales sistemas son:

- a) El de la "irresponsabilidad", especialmente civil. Corresponde a etapas primarias de algunos Estados. Hoy en día está en franco abandono.
- b) El de la responsabilidad condicionada a una autorización preventiva que debía ser acordada por la propia Administración. Este sistema ha sido desechado por la doctrina moderna.
- c) El de la plena responsabilidad, no dependiente de autorización previa alguna. Es el vigente en la generalidad de los Estados civilizados y el que mejor se amolda a la salvaguarda de las libertades públicas.

12. Lares-Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, UCV, Caracas, 1978, 4ª ed., p. 431.

13. Gascón y Marín, citado por Miguel Marienhoff, en *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-B, 1974, p. 367.

14. Aguiar, citado por Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, p. 367.

El sistema de la responsabilidad condicionada a una autorización preventiva surgió en Francia con el fin de proteger a los agentes públicos contra las persecuciones abusivas que podían perjudicar la organización administrativa. Fue por ello que el artículo 75 de la Constitución del año VIII (año 1799), consagró que los agentes del gobierno, a excepción de los ministros, no podían ser enjuiciados por hechos relativos a su función, sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado y que en tal caso, la acción habría de promoverse ante los tribunales ordinarios. En la práctica, sin embargo, este procedimiento se convirtió en un verdadero privilegio y muy raramente la autoridad administrativa, otorgaba autorización para perseguir ante la justicia a los funcionarios públicos. La autorización en cuestión se refería tanto a las acciones civiles como a las penales que se intentaren contra los funcionarios o empleados.

Posteriormente, el citado artículo 75 de la Constitución del año VIII fue derogada el 19 de septiembre de 1870, y hoy en día, en Francia, los tribunales ordinarios tienen competencia directa para juzgar a los funcionarios de la Administración y el procedimiento se rige por los principios comunes del derecho procesal.

La doctrina ha señalado distintos criterios para fundamentar jurídicamente la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Bielsa —citado por Marienhoff— considera que tal responsabilidad es consecuencia “del principio representativo fundado en la soberanía del pueblo, del cual los gobernantes por él elegidos o designados por los elegidos son sus mandatarios, agentes o gestores”.¹⁵ Marienhoff no comparte este razonamiento, pues considera que el “principio representativo” invocado no concuerda con los postulados de la “teoría del órgano”, aceptada unánimemente hoy en día. En efecto, de conformidad a esta teoría “los funcionarios y empleados no son mandatarios ni representantes del Estado, sino precisamente órganos de él, o sea partes constitutivas del mismo”.¹⁶

Tampoco comparte Marienhoff el criterio sustentado por Ruiz y Gómez, según el cual, la responsabilidad de los funcionarios públicos se fundamenta en principios generales del derecho. Según Marienhoff “es esta una afirmación que aún siendo indiscutiblemente verdadera, es en cambio «vaga» o «imprecisa», no resultando apta para resolver la cuestión planteada”.¹⁷

15. Bielsa, Rafael, citado por Miguel Marienhoff, *ob. cit.*, p. 374.

16. Marienhoff, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, 1974, p. 374.

17. Marienhoff, Miguel: *ob. cit.*, p. 375.

Para Marienhoff, el fundamento de la responsabilidad de los funcionarios públicos no es otro "que los principios propios del Estado de derecho, en los que tiene cabida todo aquello que permita afianzar la seguridad jurídica y las libertades públicas".¹⁸

Sostiene el citado autor que así como la responsabilidad del Estado es fruto del llamado Estado de derecho, igualmente lo es la responsabilidad del funcionario público, "que debe considerarse como un reflejo de la del Estado, tanto más cuanto los funcionarios en su calidad de órgano del Estado, son parte del mismo. Sería ilógico aceptar la responsabilidad del Estado y rechazar la del funcionario o empleado público, ya que aquella se origina en comportamientos de éstos".¹⁹

La doctrina ha admitido —unánimemente— que existen diversas clases de responsabilidad del funcionario, toda vez que ésta puede suscitarse en todos los ámbitos en que pueda manifestarse o expresarse su conducta o comportamiento humano. La diferencia entre los distintos tipos de responsabilidad radica —según Marienhoff— en los distintos bienes o valores jurídicos que respectivamente tienden a proteger o tutelar.

De allí, que conforme a los diferentes modos de manifestarse la actividad del funcionario, se hable de responsabilidad "civil", "política", "penal" y "administrativa".

Ahora bien, como quiera que cada uno de los tipos de responsabilidad en los que puede incurrir un funcionario público tiende a proteger o a tutelar un distinto y específico bien o valor jurídico, es lógico que un mismo hecho o comportamiento del funcionario puede dar lugar simultáneamente, a varias de las mencionadas especies de responsabilidades, y esto no implica violación de los principios *non bis in idem* o *non ter in idem*. Por tanto, pues, las expresadas especies de responsabilidad no son excluyentes entre sí.

Rafael Entrena Cuesta se ha manifestado en igual sentido, señalando que el incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que le afectan determina su responsabilidad, la cual puede ser de tres clases: civil, penal y administrativa. Estas clases de responsabilidades, en cuanto se basan en distintos sectores del ordenamiento jurídico, son entre sí compatibles e independientes. En consecuencia, en virtud de la compatibilidad, un mismo hecho puede dar lugar al nacimiento

18. Marienhoff, Miguel: *ob. cit.*, p. 375.

19. Marienhoff, Miguel: *ob. cit.*, p. 375.

de varias de las responsabilidades indicadas, y en razón de la *independencia*, que entre ellas existe, la circunstancia de que una de las tres jurisdicciones competentes se pronuncie por la inexistencia de la responsabilidad que enjuicia, ello no significa que las otras dos jurisdicciones no pueden apreciar la existencia de la responsabilidad que les corresponda determinar.

Según la doctrina, pues, los funcionarios públicos pueden incurrir en tres formas de responsabilidad: penal, civil y administrativa y como una especie de ésta, la llamada responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad civil surge como consecuencia de actos u omisiones del funcionario que ha causado un daño, sea a un particular o al Estado y es su obligación resarcir o reparar los daños causados.

La responsabilidad penal, por su parte, surge cuando un hecho tipificado en la ley como delito es imputable a un funcionario, sea como autor, cómplice o encubridor, debiendo, en consecuencia, sufrir una pena o castigo que está expresamente establecida en el Código Penal.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, tenemos que ella surge cuando el funcionario público incurre en contravenciones a las normas que regulan su conducta funcional. Para la mayoría de los autores, esta responsabilidad administrativa es sinónimo de responsabilidad disciplinaria, ya que "la Administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es menester que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas. Dentro del régimen estatutario que regula la función pública ese poder jurídico es de principio". "La falta susceptible de sanción disciplinaria es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales. Su gravedad es apreciada discrecionalmente por la Administración, a fin de establecer si el hecho merece ser sancionado y qué sanción corresponde aplicar".²⁰

En Venezuela, tradicionalmente se ha compartido la posición de la doctrina en relación a la existencia de los tres tipos de responsabilidad de los funcionarios públicos. El propio texto constitucional, en su artículo 46, expresa que los funcionarios o empleados públicos que ordenen o ejecuten actos, que violen o menoscaben los derechos garantizados por esta Constitución, incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa.

20. Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo* I. Montevideo, 1963, pp. 325-326.

Debemos observar, sin embargo, que la propia Constitución Nacional, al señalar en su artículo 220 las atribuciones del Ministerio Público, establece en el ordinal quinto que corresponde a este organismo "intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones".

Por su parte, la Ley de Carrera Administrativa, en su artículo 55, así como la novísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se refieren a cuatro tipos de responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios públicos: la penal, civil, administrativa y disciplinaria. De allí, que algunos de nuestros autores, entre ellos Brewer, De Pedro y Silva Cimma, traten la responsabilidad disciplinaria como un género distinto de la responsabilidad administrativa; cuestión esta que analizaremos detalladamente en lo que constituye la segunda parte del presente trabajo.

2. *La consagración de la responsabilidad de los funcionarios en nuestra legislación*

A. *Constitución*

Como se ha señalado anteriormente, la responsabilidad de los funcionarios públicos es un principio fundamental expresamente consagrado en el ordenamiento jurídico venezolano.

En efecto, los artículos 46 y 121 de la Constitución establecen lo siguiente:

Artículo 46. Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.

Artículo 121. El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de ley.

Se consagra así, de modo general y con rango constitucional, la responsabilidad personal e individual de los funcionarios públicos por abuso de poder, por violación de ley, o por ordenar o ejecutar actos que violen o menoscaben los derechos garantizados por la propia Constitución.

En este sentido, importa destacar que las normas constitucionales anteriormente transcritas, utilizan las expresiones "acto del Poder Público" y "ejercicio del Poder Público", de lo cual podemos concluir que esta consagración constitucional de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos se refiere a todas las personas que ejerzan el Poder Público.

En efecto, "...los artículos 46 y 121, en este sentido, son claros y terminantes: la responsabilidad surge respecto de «todo acto del Poder Público» (Art. 46), y con motivo del «ejercicio del Poder Público» y, por tanto, abarca a todos los funcionarios o servidores públicos de cualesquiera de las ramas del Poder Público tanto del Poder Nacional, como del Poder de los Estados o del Poder Municipal. La consagración de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, por tanto, abarca a los que presten servicios a la República, a los Estados y a las Municipalidades y a cualesquiera otras entidades de derecho público (institutos autónomos, por ejemplo), que ejerzan el Poder Público en forma descentralizada, sea en funciones ejecutivas, legislativas o judiciales".²¹

Además de las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 121, que como se ha señalado anteriormente consagran en forma genérica la responsabilidad personal e individual de los funcionarios públicos, nuestra Constitución también prevé los mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad, al atribuir competencia al Ministerio Público para "intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones" (artículo 220, ordinal 5º).

Aparte de la consagración genérica de la responsabilidad personal e individual de todos los funcionarios públicos, el texto constitucional también consagra de manera expresa y en forma específica la responsabilidad de determinados funcionarios como el Presidente de la República y los Ministros.

En efecto, el artículo 192 de la Constitución establece:

El Presidente de la República es responsable de sus actos, de conformidad con esta Constitución y las leyes.

21. Brewer-Carías, Allan: "La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Estudio, Sistemática General e Índice Alfabético, Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 12-13.

Por su parte, el artículo 196 del texto constitucional señala:

Los Ministros son responsables de sus actos, de conformidad con esta Constitución y las leyes, aun en el caso de que obren por orden expresa del Presidente. De las decisiones del Consejo de Ministros serán solidariamente responsables los Ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo.

Ahora bien, la propia Constitución ha establecido una excepción al principio general de la responsabilidad personal e individual de los funcionarios públicos, al establecer la irresponsabilidad de los senadores y diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, el artículo 142 de la Constitución establece:

No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los Senadores ni a los Diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos.

Esta excepción constitucional al principio de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, "...es sin duda, una prerrogativa constitucional, la cual, como tal, sólo corresponde a los senadores y diputados al Congreso Nacional, y no puede extenderse ni a los diputados a las Asambleas Legislativas ni mucho menos a los concejales de los Municipios";²² y se justifica, por la naturaleza de órgano deliberante y de control que tiene el parlamento, excepción que viene a ser "...la garantía de la independencia requerida por éstos (senadores y diputados), en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, particularmente en la tarea de control de la Administración Pública que corresponde a las Cámaras Legislativas".²³

De lo anteriormente expuesto se puede concluir afirmando, que en el ordenamiento jurídico venezolano tiene consagración expresa y constitucional el principio de la responsabilidad personal e individual de todos los funcionarios públicos que ejerzan el Poder Público, cuando en ejercicio de dichas

22. Brewer-Carías, Allan: "La Responsabilidad Administrativa...", *ob. cit.*, p. 14.

23. Brewer-Carías, Allan: *ob. cit.*, p. 14.

funciones, realicen actos que violen o menoscaben derechos consagrados en la Constitución o por abuso de poder o violación de la ley.

Dicho principio está establecido constitucionalmente de manera general para todos los funcionarios, sin excepciones, salvo la que acabamos de comentar relativa a los senadores y diputados, pero que también es de rango constitucional.

En consecuencia, lo relativo a la responsabilidad personal de los funcionarios por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones, quedó consagrado como materia de reserva constitucional, estándole prohibido al legislador ordinario establecer excepciones de ninguna clase en esta materia. De allí, que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, que establecía la irresponsabilidad de los Concejales, incurrió en violación de la Constitución, razón por la cual el citado artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, en fecha 15 de abril de 1980.

B. *Ley de Carrera Administrativa*

La Ley de Carrera Administrativa, por su parte, establece en su artículo 55.

Los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad no excluye la que pudiere corresponderles por efecto de leyes especiales o de su condición de ciudadanos.

Puede observarse que el legislador adoptó, en el caso de la Ley de Carrera Administrativa, una terminología distinta a la utilizada por el constituyente en los artículos 46 y 220, ordinal 5°. En efecto, la disposición legal distingue la responsabilidad administrativa de la responsabilidad disciplinaria, lo cual, para Héctor Esteves Llamosas, "... parece una innovación de nuestro legislador, pues en doctrina se conocen tres responsabilidades: la civil, que surge por la violación de una norma civil; la responsabilidad penal que se origina de la transgresión de una norma penal y la responsabilidad administrativa que emana de la inobservancia de una regla administrativa".

“La responsabilidad civil se traduce en una disminución del patrimonio del funcionario culpable; la responsabilidad penal se dirige a una disminución de derechos personales, que inclusive puede alcanzar la pérdida de la libertad; la responsabilidad administrativa se traduce en una disminución de los derechos como funcionario, la más grave es el retiro de la Administración Pública”.²⁴

Antonio De Pedro también ha destacado la importancia de la señalada disposición de la Ley de Carrera Administrativa, ya que al señalar cuatro clases de responsabilidades, la referida norma legal se aparta de la distinción tripartita que se consagra en la Constitución. Considera el citado autor, “que tal proceder nos parece correcto, pues se venía confundiendo la responsabilidad administrativa con la disciplinaria, siendo, a nuestro modo de ver, diferentes. La responsabilidad administrativa tiene más relación con la facultad de la Administración de exigir reparación, por parte del funcionario, en los casos que ella hubiere tenido que responder frente a terceros por la conducta irregular de aquél”.²⁵

El artículo 55 es la única norma que trata, genéricamente, de todos los tipos de responsabilidades, ya que el resto de la normativa de dicha ley, como bien sabemos, está dirigida a regular la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, especialmente lo concerniente al régimen disciplinario, todo lo cual será objeto de nuestro análisis en la tercera parte del presente trabajo.

C. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también contiene algunas disposiciones relativas a la responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos.

En efecto, el artículo 3º de la citada ley establece:

Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Administración Pública, están en la obligación de tramitar los

24. Esteves Llamosas, Héctor: *Acotaciones de la Ley de Carrera Administrativa*, Caracas, 1974, p. 223.

25. De Pedro, Antonio: *El Funcionario Público Venezolano*. Publicación de la Dirección de Malariología y Saneamiento Ambiental del M.S.A.S., Caracas, 1972, p. 107.

asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran.

Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto.

Este reclamo deberá interponerse en forma escrita y razonada y será resuelto dentro de los quince (15) días siguientes. La reclamación no acarreará la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de que sean subsanadas las fallas u omisiones. Si el superior jerárquico encontrare fundado el reclamo, impondrá al infractor o infractores la sanción prevista en el artículo 100 de la presente ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

El artículo 100, por su parte, establece la sanción a aplicar a los funcionarios que incumplan la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponde. En tal sentido, dispone la norma del artículo 100:

El funcionario o empleado público responsable de retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo, establecido en la presente ley, será sancionado con multa entre el cinco por ciento (5%) y el cincuenta por ciento (50%) de su remuneración total correspondiente al mes en que cometió la infracción, según la gravedad de la falta.

Tal sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 101 *ejusdem*, se aplicará sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas a que haya lugar. Igualmente, quedan a salvo las demás sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa.

La norma del artículo 101 viene a corroborar los caracteres ya señalados de la responsabilidad de los funcionarios públicos: la compatibilidad y la independencia que entre ellas existe, por lo cual, un mismo hecho puede dar lugar al nacimiento de varias de las responsabilidades indicadas.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también establece responsabilidad y sanciones a los funcionarios por incurrir en el llamado "silencio administrativo". En efec-

to, el artículo 4º de la ley en referencia otorga al silencio administrativo un valor negativo, es decir, que el asunto se considerará resuelto negativamente si vencido el lapso para resolverlo, la Administración no lo hubiere hecho.

El párrafo único de dicho artículo, sin embargo, señala que la reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que éstos se consideren resueltos negativamente, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de dicha ley.

Por último, es importante destacar la disposición contenida en el artículo 6º de la ley en referencia, toda vez que ella consagra de manera expresa la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración, cuando la mora o retardo de dicho funcionario en el cumplimiento de sus obligaciones, hubiere causado daño patrimonial a los administrados.

En efecto, expresa la citada disposición:

Quando la Administración haya incurrido en mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los administrados y ello acarrear daño patrimonial, el funcionario o funcionarios a quienes compete la tramitación del asunto, además de las sanciones previstas en esta ley, será responsable civilmente por el daño ocasionado a la Administración.

En consecuencia, si la responsabilidad de la Administración se ve comprometida frente a los administrados por efecto de un daño patrimonial que se les hubiere infringido, debido a la mora o retardo de un funcionario en cumplir sus obligaciones, el funcionario en cuestión es responsable civilmente por el daño ocasionado a la Administración, aparte que también puede ser sancionado conforme a lo previsto en los artículos 3º y 100 de esta ley.

D. *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*

Tal como lo afirma el doctor Brewer-Carías: "puede decirse que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público promulgada en diciembre de 1982, es una ley reguladora de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Ello se confirma, no sólo por su contenido regulador de la responsabilidad

civil, penal, administrativa y disciplinaria de los funcionarios o empleados públicos, sino del mismo hecho que la propia Ley Orgánica en su artículo 109, deroga expresamente la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos de 1912, y la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos de 1964. Por ello, bien podría denominarse esta ley: Ley sobre Responsabilidad de los Funcionarios Públicos".²⁶

En efecto, en materia de responsabilidad penal, la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público recoge los tipos delictivos contenidos en el Código Penal y establece otros nuevos bajo la denominación: "Delitos contra la Cosa Pública", que constituye el Título VI de la referida ley. En dicho título se tipifican, y sancionan los siguientes delitos: el peculado doloso y culposo (artículo 58-59); la malversación de fondos en forma genérica y específica (artículo 60-61); la concusión (artículo 62); el lucro de funcionarios (artículo 64); la utilización ilegítima de información (artículo 63); el enriquecimiento ilícito (artículo 66); la corrupción propia o impropia (artículo 65 y 67); el tráfico de influencias (artículo 67); el abuso de funcionarios (artículo 69); la enajenación o apropiación ilegal de bienes públicos o el aprovechamiento fraudulento de fondos públicos (artículo 71, ordinales 1º, 2º y 4º); el tráfico de influencias (artículo 72); el ocultamiento o falseamiento de documentos (artículo 73); la falsa expedición de certificados de salud (artículo 74); la expedición ilegal de permisos o licencias (artículo 75); la sustracción o destrucción de documentos (artículo 76); la suposición de valimiento (artículo 77); pagos fraudulentos, certificaciones falsas y enriquecimientos derivados del despilfarro (artículo 78); el manejo ilegítimo de cuentas bancarias (artículo 79), y la denuncia falsa o maliciosa (artículo 80).

En materia de responsabilidad civil, el artículo 34 de la ley en referencia establece que "el funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al Patrimonio Público".

26. Brewer-Carías, Allan: "La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos", *loc. cit.*, p. 11.

En consecuencia, todo acto del funcionario que cause daño al patrimonio público compromete su responsabilidad civil, la cual se hará efectiva conforme a las previsiones legales pertinentes, correspondiendo al Ministerio Público intentar las acciones civiles a que haya lugar.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, prevé el artículo 32 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que el funcionario público incurre en ella por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria; responsabilidad administrativa que es independiente de la responsabilidad penal y civil.

El artículo 33, por su parte, señala que es la Contraloría General de la República la encargada de declarar la responsabilidad administrativa y de aplicar las sanciones pecuniarias que sean procedentes conforme a las previsiones de esta ley.

Entre los supuestos que comprometen la responsabilidad administrativa de los funcionarios se encuentran: el manejo ilegítimo de cuentas bancarias (artículo 36), la expedición de certificados inciertos de reposo (artículo 39), el ocultamiento o acaparamiento de formularios (artículo 40), el despilfarro (artículo 41), etc. . . , todos los cuales se analizan en la quinta parte de este trabajo. También contiene la ley en cuestión, un supuesto genérico de responsabilidad administrativa. En efecto, el artículo 42 establece: que "toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares".

Esta disposición viene a corroborar —ciertamente— la tradicional distinción entre la falta penal y la administrativa, ya que justamente lo que caracteriza a la falta penal, o mejor dicho, a la responsabilidad penal en general, es la aplicación estricta del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*; en consecuencia, no puede haber falta penal, delito, que no esté expresamente contemplado en una disposición legal. En materia administrativa, tal como lo demuestra la disposición del artículo 42 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es posible aplicar una sanción aun cuando la falta que la origina no está expresamente prevista en esta ley.

En lo que concierne a la responsabilidad disciplinaria, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República —en su artículo 84— establece que una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste aplique, en un lapso de treinta días, la sanción administrativa que corresponda.

Esta sanción era una sanción disciplinaria, que tenía que imponer la administración activa, es decir, el superior jerárquico del funcionario declarado responsable. Pero sucedía normalmente, que el superior jerárquico no aplicaba la sanción disciplinaria correspondiente; razón por la cual, el artículo 29 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público viene a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Contraloría, toda vez que faculta al Contralor para solicitar al Fiscal, un requerimiento a la Administración activa, a fin de que ésta imponga la sanción pertinente. De la decisión de la Administración —conforme al citado artículo— podrá recurrir tanto el Ministerio Público como el administrado, por ante el tribunal de Carrera Administrativa.

Aparte de los textos legales antes comentados, existen en el ordenamiento jurídico venezolano otros instrumentos jurídicos que establecen la responsabilidad personal de determinadas categorías de funcionarios públicos, como los funcionarios de Hacienda y los que trabajan en la Contraloría. Tales textos son: la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Al respecto, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública establece en su artículo 139 lo siguiente:

Los empleados de Hacienda, independientemente de la responsabilidad criminal en que puedan incurrir por delitos y faltas que cometan en el ejercicio de sus cargos, responden civilmente al Tesoro, de todos los perjuicios que causen por infracción de las leyes, ordenanzas, reglamentos e instrucciones, y por abuso, falta, dolo, negligencia, impericia o imprudencia en el desempeño de sus funciones.

A continuación, la ley en referencia establece diversos supuestos de responsabilidad conforme a la categoría de funcio-

narios que se trate: empleados encargados de la adquisición, custodia, administración, o inversión de bienes nacionales (Art. 140), encargados de la recepción, custodia y manejo de especies fiscales (artículo 141), Administradores y Liquidadores de Rentas Nacionales (artículo 142), Agentes del Tesoro (artículo 143), ordenadores de pago (artículo 144), Fiscales de Hacienda (artículo 147), y los Jefes de las Oficinas de Hacienda (artículo 148).

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por su parte, establece en su artículo 17, que independientemente de la responsabilidad civil y penal que pudiere incumbirles, los funcionarios y empleados de la Contraloría responden:

- 1º Por omisión, negligencia o impericia en el control de los contratos que fueren sometidos al organismo;
- 2º Por insuficiencia de las cauciones que se hubieren aprobado para garantizar el cumplimiento de los referidos contratos;
- 3º Por omisión, negligencia o impericia en la revisión de las órdenes de pago;
- 4º Por no exigir el envío de las cuentas que no hayan sido presentadas en el término fijado y por no apremiar a los responsables a la presentación y envío de las cuentas, inventarios, informes y documentos que estuvieren obligados a presentar;
- 5º Por negligencia, omisión o injustificado retardo en el examen o fenecimiento de las cuentas;
- 6º Por no dar curso a los reparos o no gestionar el procedimiento para satisfacerlos administrativamente;
- 7º De los reparos que se hagan a las cuentas después de declaradas conformes y otorgado finiquito. En este caso responden también solidariamente los examinadores que hayan intervenido en el examen de la cuenta. Esta responsabilidad tendrá lugar cuando la omisión del reparo provenga de la falta de examen o de negligencia o impericia del examinador;
- 8º De los perjuicios que se causen a los entes sujetos al control de la Contraloría por no haber exigido caución a los

empleados que deban prestarla o haber aceptado cauciones insuficientes para cubrir el monto asignado.

- 9º De los perjuicios que se causen al patrimonio público por no haber asistido a los juicios y actuaciones en los cuales se discutiere la legalidad de las decisiones de la Contraloría;
10. De los perjuicios que se causen por no haber procedido a perseguir las contravenciones de las cuales tuvieren conocimiento; o cuando la circunstancia de ignorar una contravención o no perseguirla se debiere a negligencia del correspondiente funcionario;
11. En general, del incumplimiento de los deberes que les imponen las leyes.

II. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS

1. *Características generales de la responsabilidad administrativa: responsabilidad administrativa y responsabilidad penal*

La responsabilidad administrativa —como se ha señalado anteriormente— es una de las clases de responsabilidad personal en que pueden incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad administrativa surge por una transgresión del funcionario a cualquier tipo de deber administrativo que él tiene frente a la Administración, sea proveniente de la relación de sujeción general que él —al igual que todos los ciudadanos— tienen en relación a la Administración; sea derivado del vínculo particular, específico, que él como funcionario tiene respecto a ella y que lo coloca en una posición de subordinación.

En efecto, tal como lo señala García Trevijano, "el funcionario público está sujeto a dos supremacías frente a la Administración; en la primera, la general, ésta se coloca en una posición de potestad frente a todos los particulares, es decir, hacer valer sus decisiones aun en contra de la voluntad de éstos, en esta posición no hay relación especial que vincule al particular funcionario con la Administración; por el contrario, la supremacía especial origina unas relaciones especiales de poder que derivan de una vinculación más concreta entre el particular funcionario y la Administración. En consecuencia, el funcionario público se somete a las dos clases de supremacías actuando, en ciertos casos, en su condición de tal. La última de las supremacías se manifiesta a

través de los siguientes aspectos: a) por la posibilidad de que la Administración dicte normas internas que afecten la buena marcha del servicio; b) por la posibilidad de actuar mediante órdenes; c) por la posibilidad de vigilar la marcha del servicio o función que se desarrolla, y d) mediante la potestad disciplinaria que ejerce sobre las personas que están sometidas a ella a través de una especial relación de poder”.²⁷

En igual sentido se ha manifestado Entrena Cuesta, quien al tratar la responsabilidad administrativa señala que “. . . la responsabilidad disciplinaria tiene su fundamento en el hecho de que los funcionarios se encuentran respecto de la Administración no sólo en un estado de sujeción *general*, sino también en un estado de sujeción *especial*”.²⁸ En su concepto, ello explica por qué un mismo hecho puede dar lugar a dos sanciones administrativas, a saber:

- a) Una sanción gubernativa o de policía, derivada del incumplimiento de las normas que regulan el estado de sujeción general y que será aplicada por las autoridades competentes en la materia, y
- b) Una sanción disciplinaria, consecuencia del estado de sujeción especial.

La responsabilidad administrativa es consecuencia de una irregularidad administrativa, la cual aparece “. . . cada vez que se detecte que un órgano, agente o funcionario, en su gestión administrativa, o eventualmente un tercero en sus relaciones frente a la Administración, ha incurrido en un acto, hecho u omisión contrario a una norma vigente o, simplemente, ha prescindido de ella”. Este concepto de irregularidad es objetivo “porque su condición caracterizante surgirá de la confrontación de la norma con la realidad de ese actuar, hecho u omisión”.

“La objetividad en la irregularidad administrativa, significa que para su calificación no concurre el elemento intención. Basta con la comprobación de que se ha actuado contra la ley o fuera de ella”.²⁹

Esta ausencia del elemento doloso para caracterizar y hacer surgir la responsabilidad administrativa, es justamente la que la va a distinguir de la responsabilidad penal.

Al respecto ha señalado el doctor Chiossone, que “la responsabilidad en derecho penal es un concepto valorativo en relación con la persona

27. García Trevijano, citado por Armida Quintana, en *La Carrera Administrativa*, OCP, Presidencia de la República, 1980, p. 98.

28. Entrena Cuesta, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1976, p. 446.

29. Silva Cimma, Enrique: “El Concepto de Irregularidad Administrativa”, en *Revista de Control Fiscal*, Nº 90, julio, agosto, septiembre. Caracas, 1978, p. 67.

agente de la transgresión. Responsabilidad y culpabilidad son conceptos que se contraponen. Sin culpabilidad no hay responsabilidad. La culpabilidad está integrada por dos elementos indispensables que son el dolo y la culpa, propios del derecho penal, y sin los cuales no puede hablarse de responsabilidad. Dentro de un concepto genérico, podemos decir que el dolo y la culpa son, por excepción, los pilares de la responsabilidad civil por hechos ilícitos (artículos 1.185, Código Civil), y el dolo fundamento de la responsabilidad contractual (artículos 1.146 y 1.154 del Código Civil)".³⁰

"La responsabilidad en derecho administrativo penal, o sea, en lo transgresional administrativo, no está fundamentada en el concepto de culpabilidad, y así se diferencia sustancialmente de la responsabilidad en derecho penal y aun en derecho civil. La transgresión de derecho público tiene aspectos diferenciales con los cuales se ha hecho la construcción de la responsabilidad transgresional en derecho administrativo".³¹

Esta distinción fundamental entre una y otra responsabilidad trae como consecuencia que la responsabilidad administrativa esté regida por una serie de principios que la diferencia de la responsabilidad común. Tales principios son:³²

- 1) En el Derecho Penal sólo las personas físicas son sujetos posibles de pena. A la responsabilidad administrativa están sometidas también las asociaciones y las personas jurídicas privadas (por ejemplo: penas pecuniarias impuestas a sociedades mercantiles por transgresiones financieras o por inobservancia de deberes derivados de concesiones administrativas).
- 2) El elemento intencional de lo ilícito administrativo no es el dolo ni la culpa, sino la simple voluntariedad de la acción.
- 3) Las circunstancias que agraven o disminuyan la responsabilidad no son determinados por la ley, sino que dependen de la libre apreciación de la autoridad.
- 4) La pena pecuniaria, en caso de insolvencia del transgresor no puede convertirse en una pena de detención, esto distingue a esta pena de las multas e indemnizaciones del derecho penal.

30. Chiossone, Tulio: *Sanciones en Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1973, p. 46.

31. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 47.

32. Zanobini, Guido: *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, Parte General. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1954, p. 450.

Para el doctor Chiossone, ciertamente la responsabilidad administrativa presenta características o principios que contradicen las normas propias y específicas del Derecho Penal. Entre esas normas pueden señalarse las siguientes:

a) Solidaridad transgresional:

En la responsabilidad penal, por el hecho punible responden sólo las personas vinculadas a él por un lazo de causalidad material o psíquica. La responsabilidad penal es personal. En Derecho Administrativo, los transgresores de la norma que impone una obligación son solidariamente responsables y la sanción puede imponerse a cualquiera de ellos.

b) Inconvertibilidad de la pena en arresto:

La multa administrativa es "una obligación civil de pagar al fisco una determinada cantidad de dinero por "infracción a un precepto" y no puede convertirse en arresto; como sí sucede con la multa penal que es verdadera pena convertible en prisión o arresto según el artículo 50 del Código Penal. En el Derecho venezolano sí se admite la conversión de la multa en arresto, y así las sanciones de tipo administrativo adquieren la naturaleza de sanción penal.³³

c) Ejecución voluntaria de la sanción:

En materia administrativa el responsable de violar un precepto legal a quien se impuso una pena pecuniaria, ejecuta personalmente tal decisión pagando la multa, directamente o por medio de un tercero. Esta situación es propia de la sanción administrativa.

d) La sanción administrativa como obligación civil:

Para los que no aceptan que exista un derecho penal administrativo, las sanciones fiscales tienen carácter de obligación civil. Los que sostienen la tesis contraria, también señalan que las sanciones fiscales "tienen afinidad con una especie de indemnización de carácter civil, como una forma de resarcimiento del daño".³⁴

Señala Chiossone que se refiere a sanciones fiscales de tipo administrativo, y no a las que (en nuestro derecho posi-

33. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, pp. 48-49.

34. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 49.

tivo) "tienen verdadero carácter penal o mixto, o sea, penal y administrativo a la vez".

- e) **Carácter del procedimiento (administrativo y jurisdiccional):**
"Los procesos administrativos iniciados con la aplicación de una sanción por infracción de ley, pasan generalmente, cuando las leyes así lo indican, al conocimiento de un juez con competencia especial. Los delitos y faltas que integran el cuadro típico del Derecho Penal, porque no son simples infracciones objetivas sino transgresiones al *status* ético-jurídico, son siempre del conocimiento de la jurisdicción, o sea, que la acción para perseguirlos se desenvuelve siempre dentro de lo jurisdiccional". No hay en ellos intervención de tipo administrativo.³⁵

En nuestro derecho algunas leyes fiscales contemplan un procedimiento mixto: administrativo y jurisdiccional.

- f) **Exclusión de la tentativa:**

La tentativa de delito es un principio propio y exclusivo del Derecho Penal: "Las transgresiones de tipo administrativo, por constituir infracción objetiva de una regla legal, no admiten... la tentativa y, por consiguiente, no están regidas por los principios del derecho penal".³⁶

- g) **Imputabilidad de las personas jurídicas:**

En derecho administrativo: "las personas morales o jurídicas (entes colectivos) sí responden de las infracciones legales porque se considera con voluntad suficiente para realizar la infracción objetiva".³⁷ Desde el punto de vista del Derecho Penal, las personas jurídicas son inimputables.

- h) **Capacidad penal:**

En las legislaciones penales se establece como causa de inimputabilidad la edad hasta cierto límite. ¿En materia de sanciones administrativas la teoría de la inimputabilidad tiene los mismos efectos que en materia penal?

En materia de la transgresión administrativa generalmente es indiferente que el infractor sea mayor o menor de edad,

35. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, pp. 50-51.

36. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 51.

37. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 52.

o que tenga capacidad de comprender o de querer o no la tenga. "Un inimputable para el derecho penal es responsable de cualquier transgresión administrativa en que incurra". "Basta que tenga capacidad para una relación de derecho público y puede ser sancionado por una infracción".³⁸

En los casos de irregularidades administrativas que son sancionadas con penas corporales (arresto y prisión), mediante procesos ante tribunales especialmente competentes, se aplican los principios sobre responsabilidad penal de los menores de edad, y no podría seguirse a éstos, procesos penales, sino tendrían que ser sometidos a la jurisdicción especial para menores de edad. Pero en el caso de otras infracciones de ley que entrañan sanciones administrativas como multa, sí pueden ser sometidos a las mismas. Esto diferencia a la sanción penal de la administrativa: la edad no influye en las transgresiones administrativas.

- i) La amnistía y el indulto son instituciones que no pueden extenderse a la sanción administrativa, pues se refieren a la extinción de hechos punibles o de penas, que no podrían desaparecer sino mediante éstas.³⁹

2. *La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria*

La mayoría de los autores consideran que la responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria son términos sinónimos, existiendo entre ellos una relación de género a especie.

Para Marienhoff, por ejemplo: "...la responsabilidad administrativa tiene por objeto sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública; se origina por una inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público. Dicha responsabilidad se hace efectiva a través de la «potestad disciplinaria» de la Administración, debiéndose estudiar en el «régimen disciplinario» de la Administración Pública, ya que éste forma el substrato de tal responsabilidad. En este orden de ideas, «responsabilidad administrativa» y «responsabilidad disciplinaria» son conceptos sinónimos".⁴⁰

Y al analizar el régimen disciplinario añade:

38. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 54.

39. Chiossone, Tulio: *ob. cit.*, p. 56.

40. Marienhoff, Miguel: *ob. cit.*, p. 369.

“... Otro de los tipos de responsabilidad de que puede ser pasible el agente público, es la «administrativa», que se hace efectiva a través de la potestad disciplinaria de la Administración Pública.

“El «régimen disciplinario» constituye el substrato de la responsabilidad «administrativa» del funcionario público.

“En ese sentido, tal como lo expresé precedentemente, «responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria» son conceptos sinónimos. Tanto es así que muchos tratadistas hablan de responsabilidad administrativa «o» disciplinaria, o se refieren a ellas empleando indistintamente cualquiera de esas expresiones”.⁴¹

Para Bielsa, los funcionarios públicos tienen un conjunto de deberes y atribuciones; la transgresión de tales “deberes administrativos” “tiene su sanción característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por la pena disciplinaria”.⁴²

Al tratar lo relativo a la responsabilidad administrativa, Lares-Martínez ha señalado:

“... Incurrir en responsabilidad administrativa el agente público que, en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio. Se denomina igualmente responsabilidad disciplinaria. Las infracciones a los deberes del funcionario se sancionan con medidas disciplinarias, impuestas por el superior jerárquico, tales como la amonestación, suspensión temporal del empleo y la destitución”.⁴³

Hildegard de Sansó también suscribe, en cierto modo, esta posición. Ello se desprende de su afirmación, de que las órdenes de servicio u órdenes jerárquicas: “... una vez seguidas por el destinatario, en los límites de la obediencia jerárquica, éste queda exonerado de responsabilidad penal por su cumplimiento... igual criterio puede ser mantenido respecto a la responsabilidad civil, pero distinta es la solución relativa a la responsabilidad administrativa, ya que el funcionario que desacata la orden está violando el deber de obediencia jerárquica, pudiendo colocarse de acuerdo con la gravedad de la situación, en una de las causales de falta disciplinaria, incluso en la más grave, en la de destitución”.⁴⁴

41. Marienhoff, Miguel: *ob. cit.*, p. 402.

42. Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*. Tomo II, 3ª edición, Buenos Aires, 1938, p. 206.

43. Lares-Martínez, Eloy: *ob. cit.*, p. 433.

44. Rondón de Sansó, Hildegard: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. UCV, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981, p. 285.

Según Esteves Llamosas, "la causa u origen de la sanción disciplinaria es la falta administrativa, es decir, la transgresión de una norma administrativa o de una orden legítima emanada de un superior jerárquico, capaz y autorizado para emitirla. El superior determina las obligaciones del subordinado y castiga su transgresión con la sanción administrativa o disciplinaria".⁴⁵

Brewer-Carías al comentar la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos aun cuando no afirma propiamente que la responsabilidad administrativa es sinónima de la disciplinaria, no distingue claramente dichas responsabilidades. En efecto, según Brewer, los funcionarios públicos, además de la responsabilidad civil y penal, "pueden incurrir en responsabilidad administrativa por incumplimiento del funcionario de sus deberes o por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones que impliquen violaciones de leyes y reglamentos administrativos".

"La responsabilidad administrativa puede ser apreciada por la propia administración activa, la cual tiene competencia para imponer las sanciones disciplinarias previstas en la Ley de Carrera Administrativa; pero también puede ser apreciada por la Contraloría General de la República, a través de un procedimiento administrativo conforme a la Ley Orgánica (artículo 81 y ss.) que la regula, en todos aquellos casos en los cuales se constate que los funcionarios públicos que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, hayan incurrido en errores u omisiones o negligencias".⁴⁶ Posteriormente, al comentar la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, distingue claramente la responsabilidad administrativa de la disciplinaria.^{46-bis.}

Otros autores, en todo caso, distinguen la responsabilidad administrativa de la disciplinaria. Silva Cimma, por ejemplo, al analizar el Estatuto Administrativo del Personal de la Contraloría General de la República, ha señalado:

"El artículo 61 del Estatuto consagra las responsabilidades que pueden afectar a los funcionarios de la Contraloría: responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria. Penal, por los delitos en que

45. Esteves Llamosas, Héctor: *ob. cit.*, p. 231.

46. Brewer-Carías, Allan: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Colección Estudios Jurídicos, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982, p. 278.

46 bis. Brewer-Carías, Allan: "La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos", *loc. cit.*, pp. 17 y 18.

pudieren incurrir en el ejercicio de sus funciones, ya sea como autores, cómplices o encubridores. Civil, cuando como consecuencia de actos, hechos u omisiones del funcionario, se cause un daño a la nación, y a un particular. Administrativa, cuando incurra en contravenciones a las normas que regulan su conducta funcionaria y, finalmente, disciplinaria en los casos constitutivos de una especie de la responsabilidad anteriormente citada y que se circunscriben concretamente a la transgresión de las normas sobre disciplina administrativa".⁴⁷

Antonio De Pedro, tal como se señaló anteriormente, sostiene que son nociones diferentes que no deben confundirse.

Ahora bien, a raíz de la promulgación de la novísima Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, parece estar más claro que, en efecto, se trata de conceptos diferentes, por lo menos a la luz del ordenamiento jurídico venezolano.

En tal sentido, Brewer ha señalado, que "...la responsabilidad disciplinaria es la derivada del incumplimiento, por los funcionarios públicos, de los deberes específicos que se derivan de una relación especial de sujeción establecida por la función pública. Esta responsabilidad produce como consecuencia la imposición, por los superiores jerárquicos, de sanciones disciplinarias reguladas, en general, en la Ley de Carrera Administrativa y otras leyes especiales.

"En cuanto a la responsabilidad administrativa, ésta surge en los casos de inobservancia o violación por parte de los funcionarios públicos y de particulares, de normas legales y reglamentarias que regulan sus relaciones con la Administración Pública. La causa de la responsabilidad administrativa es la violación de norma legal o reglamentaria, lo que provoca un ilícito administrativo, que coloca al sujeto de derecho que incurre en el mismo, en la situación de sufrir determinadas consecuencias sancionatorias previstas en la ley".⁴⁸

Rachadell también distingue una noción de la otra cuando expresa:

"...en la Administración comparada la responsabilidad de los funcionarios públicos asume generalmente tres tipos: civil, penal y administrativa o disciplinaria. Entre nosotros, la responsabilidad administrativa es diferente de la responsabilidad disciplinaria, pues mientras esta última es declarada por el órgano de la Administración con potestad

47. Silva Cimma, Enrique: *La Función Pública. El Régimen de Personal en la Contraloría General de la República*. Caracas, 1978, p. 207.

48. Brewer-Carías: "La Responsabilidad Administrativa...", *ob. cit.*, pp. 17-18.

disciplinaria, esto es, el superior jerárquico, la responsabilidad administrativa es pronunciada por un órgano de control fiscal externo a la Administración".⁴⁹

La doctora Sansó, asimismo, en reciente conferencia dictada en fecha 23-3-83, con motivo del "II Seminario sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público", al tratar la responsabilidad administrativa en dicha ley, distinguió ésta de la disciplinaria. La primera era el género y surgía en caso de violación de deberes generales administrativos; la segunda, la especie, la cual se origina por la especial vinculación del sujeto con la Administración a través de la relación de empleo público.

En nuestra opinión, ambas nociones difieren por su naturaleza; la normativa que las regula, la autoridad competente para apreciarlas, la sanción que cada una genera, los sujetos a quienes dicha sanción se aplica, y las vías de impugnación de tales sanciones.

- 1º) En efecto, la responsabilidad administrativa surge de la inobservancia o violación de normas legales y reglamentarias que regulan las relaciones de los individuos frente a la Administración, en especial, las vinculadas con el patrimonio del Estado. La responsabilidad disciplinaria, por el contrario, surge de la especial sujeción de los funcionarios públicos a la Administración derivada de la relación de empleo público, que coloca a la Administración en una situación de supremacía total respecto al funcionario. De allí, que la responsabilidad disciplinaria esté más vinculada con las nociones de jerarquía y de organización jerárquica que caracterizan a la Administración.
- 2º) En cuanto a la normativa que las regula, la responsabilidad administrativa está contemplada de manera expresa, con señalamiento específico de los hechos que la pueden originar, en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y el procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad se halla consagrado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La responsabilidad disciplinaria, por su parte, está contemplada y regulada en las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General, que también prevé el procedimiento a seguir para hacer efectiva esta responsabilidad.

49. Rachadell, Manuel: "Los Recursos contra el Auto de Responsabilidad Administrativa", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Estudios, Sistemática General e Índice Alfabético. Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 85.

3º) En relación a las sanciones que cada responsabilidad genera, tenemos que la responsabilidad administrativa es sancionada normalmente con penas pecuniarias, multas, que en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, pueden convertirse en penas de arresto o prisión a razón de un día de ésta por cada mil bolívares de multa.

La responsabilidad disciplinaria en cambio, da lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias, que conforme a la Ley de Carrera Administrativa son: la amonestación verbal, la amonestación escrita, la suspensión con o sin goce de sueldo y la destitución.

4º) En cuanto a los sujetos a quienes dichas sanciones se aplica, observamos que la responsabilidad administrativa y su consecuencia, la sanción administrativa, surge tanto en relación a los funcionarios públicos como en relación a los particulares. En efecto, siendo la responsabilidad administrativa la consecuencia de una inobservancia o violación de los deberes de los sujetos frente a la Administración (situación de sujeción general), es claro que ella puede surgir respecto a un particular que ha violado tales deberes; lo mismo vale para los funcionarios públicos. Sin embargo, la responsabilidad disciplinaria sólo se materializa respecto a estos últimos, ya que ellos, además de la sujeción general que tienen respecto a la Administración, como todos los demás administrados, mantienen un vínculo especial, permanente de sujeción a ella, derivado de la relación de empleo público. De allí, que la responsabilidad disciplinaria sólo surge respecto a los funcionarios o servidores públicos.

5º) En relación a la autoridad competente para apreciar las responsabilidades, se observa que es la Contraloría General de la República el órgano competente para apreciar y declarar la responsabilidad administrativa (artículo 33 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público); en tanto que la disciplinaria, es competencia de los superiores jerárquicos de los organismos de la Administración activa, en sus respectivas esferas de competencia.

6º) Por último, también se pueden anotar diferencias entre ambas nociones en lo que respecta a las vías de impugnación establecidas legalmente para recurrir de tales sanciones. En efecto, la sanción administrativa y la disciplinaria, como actos administrativos que son, pueden ser objeto de recursos tanto internos como jurisdiccionales. En materia de recursos internos, de recursos administrativos, la legislación a aplicar, en términos generales, es la prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el recurso contencioso-administrativo, se observa nítidamente la diferencia del régimen de impugnación de cada sanción. En efecto, la declaratoria de responsabilidad administrativa por parte del Contralor puede ser objeto del recurso contencioso-administrativo de anulación, correspondiendo a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, conocer en única instancia y declarar la nulidad del acto, de conformidad a lo establecido en el ordinal 12, artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El procedimiento a seguir, por tratarse de un acto de efectos particulares, será el contemplado en la Sección Tercera del Capítulo II, Título V de dicha ley.

La sanción disciplinaria, por el contrario, puede ser impugnada por ante el tribunal contencioso especial de la Carrera Administrativa (primera instancia), y ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (segunda instancia), siguiendo para ello los procedimientos contemplados en el Título VII de la Ley de Carrera Administrativa y en el Capítulo III del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.

III. LAS SANCIONES EN LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

El funcionario público responde también por la inobservancia de las reglas relativas a la organización jerárquica de la Administración; al cargo que está ejerciendo, a la buena conducta que debe observar dentro y fuera de su trabajo, etc. . . . La inobservancia de tales reglas conforman la llamada responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, que en nuestro país está regulada, principalmente, por las disposiciones contenidas en la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General.

En efecto, la Ley de Carrera Administrativa, promulgada el 3 de septiembre de 1970 y reformada parcialmente en el año de 1975, consagra expresamente la responsabilidad del funcionario público —en especial la disciplinaria— cuando en su artículo 55 expresa:

Los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad no excluye la que pudiere corresponderles por efectos de leyes especiales o de su condición de ciudadanos.

Además de esta consagración general de la responsabilidad del funcionario público por hechos cometidos durante el desempeño de sus funciones, la Ley de Carrera Administrativa le atribuye competencia expresa al Ministerio Público para intentar las acciones a que hubiese lugar para hacer efectiva esta responsabilidad, sin que ello menoscabe el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios, de conformidad con las leyes (artículo 56), debiendo las máximas autoridades de los organismos de la Administración suministrar al Fiscal General de la República toda la información y documentación que requiere para el mejor cumplimiento de sus funciones.

En lo que toca al poder disciplinario propiamente dicho, éste está atribuido al superior jerárquico conforme a la sanción de que se trate, siendo competentes para ejercer tal poder —por tratarse de asuntos relativos a la gestión de la función pública y la administración de personal en la Administración Pública Nacional— el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional (artículo 6º de la Ley de Carrera Administrativa).

Para la aplicación de toda sanción, deberá tomarse en cuenta los antecedentes del funcionario, la naturaleza de la falta, la gravedad de los perjuicios causados, no pudiendo sancionarse disciplinariamente al funcionario, sino una sola vez por el mismo hecho (artículo 92 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

Asimismo, en materia disciplinaria no hay lugar al cúmulo de sanciones, sino que en caso de faltas que ameriten sanciones disciplinarias distintas, se aplicará la sanción mayor la cual comprenderá todas las faltas cometidas (artículo 90 del Reglamento) y las Oficinas de Personal de los organismos sometidos a la Ley de Carrera Administrativa, son las competentes para instruir los expedientes disciplinarios (ordinal 5º del artículo 13 de la Ley de Carrera Administrativa y artículo 93 del Reglamento General).

1. Sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa

De conformidad al artículo 58 de la Ley de Carrera Administrativa, las sanciones disciplinarias que pueden aplicarse a los funcionarios públicos son:

- Amonestación verbal.
- Amonestación escrita.
- Suspensión del cargo, con o sin goce del sueldo.
- Destitución.

Tales sanciones se aplican a los funcionarios, "independientemente de las sanciones previstas en otras leyes que les sean aplicables en razón del desempeño de sus cargos o por el ejercicio de sus funciones".

1. *Amonestación verbal*

a) *Concepto*

La amonestación verbal consiste en la reprensión que hace el supervisor inmediato a un funcionario en el lugar de trabajo, personal y privadamente. La aplicación de esta sanción corresponde al superior inmediato del cual depende directamente el empleado (artículo 94 del Reglamento General).

b) *Causales*

Conforme al artículo 59 de la Ley de Carrera Administrativa, son causales de amonestación verbal las siguientes:

- Negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo: constituye una falta al deber de prestar con eficacia el cargo. De allí, que se establezca como deber a los funcionarios, el realizar los cursos de capacitación y adiestramiento que fuesen necesarios.
- Falta de atención debida al público: se justifica esta sanción porque el funcionario tiene el deber de respeto al público, ya que él no está haciendo un favor, sino prestando un servicio.
- Incumplimiento del horario de trabajo: el funcionario tiene el deber de prestar el servicio en forma permanente y continua y en el horario que a tales efectos hubiera sido establecido en el organismo. De no hacerlo se hace merecedor de esta sanción.
- Conducta descuidada en el manejo de los expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina; el funcionario público tiene el deber general de fide-

dad y de velar por los intereses de la Administración y por el patrimonio del Estado; en consecuencia, su conducta descuidada en el manejo de los documentos o bienes confiados a su guarda, uso o administración, dan lugar a la aplicación de esta sanción.

—Cualesquiera otras faltas que no ameriten, conforme a esta ley, una sanción mayor: es una sanción genérica que viene a marcar la diferencia entre la responsabilidad penal y la disciplinaria. En efecto, la responsabilidad penal implica el establecimiento concreto de los supuestos delictivos y las penas a aplicarse, es decir, hay una observación estricta del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. En materia disciplinaria, por el contrario, se deja un cierto margen de apreciación de la conducta irregular del funcionario al superior jerárquico, pudiendo éste aplicar una sanción —concretamente la amonestación verbal— por hechos que no están establecidos expresamente en la ley como causales de esta sanción.

c) *Procedimiento*

Conforme al artículo 101 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, si un funcionario incurre en hechos que ameriten la aplicación de una amonestación verbal, el superior inmediato deberá oír al funcionario. Después de oído el funcionario, el superior inmediato decidirá sobre su responsabilidad y aplicará la sanción si la considerase procedente. Ejecutada la amonestación verbal, ésta deberá ser comunicada por escrito a la Oficina de Personal respectiva, con indicación de la fecha en que fue impuesta; y los hechos y causales que la justificaren y copia de la misma deberá ser entregada al funcionario respectivo.

Si los hechos constituyen causal de amonestación escrita, el superior inmediato deberá pasar las actuaciones al funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento al cual pertenezca el empleado para que continúe la investigación y aplique la sanción (artículo 103 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

2. *Amonestación escrita*

a) *Concepto*

La amonestación escrita es la reprensión extendida por escrito que hace el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento, al funcionario objeto de la sanción (artículo 95 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa). En consecuencia, el competente para aplicar esta sanción no es el superior inmediato del empleado, sino el funcionario que tenga mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento al cual está adscrito el empleado infractor.

b) *Causales*

Señala el artículo 60 de la Ley de Carrera Administrativa, que las causales de amonestación por escrito son las siguientes:

- Haber sido objeto de tres amonestaciones verbales en un año: conforme al artículo 96 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, un año debe ser entendido como 365 días continuos, contados a partir de la primera amonestación.
- Falta de consideración y respeto debidos a los superiores, subalternos o compañeros, debidamente comprobado: el funcionario tiene el deber de respeto como consecuencia de la organización jerarquizada de la Administración Pública; por tanto, él debe prestar el trato adecuado a los otros funcionarios, tanto superiores e inferiores, como compañeros. El deber de respeto está consagrado en el artículo 28, ordinal 3º, de la Ley de Carrera Administrativa.
- Perjuicio material causado por negligencia manifiesta a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución: como se dijo anteriormente, el funcionario debe velar por el patrimonio del Estado. Así lo prevé el ordinal 5º del artículo 28 de la Ley de Carrera Administrativa.
- Inasistencia al trabajo durante dos días hábiles en el término de seis meses o de tres en el término de un año:

procede esta sanción porque el funcionario debe prestar los servicios en forma permanente y continua. Según el artículo 97 del Reglamento, seis meses se entenderán 180 días continuos y un año 365 días continuos.

- Realizar campaña o propaganda de tipo político o proselitista en los lugares de trabajo, así como solicitar o recibir dinero u otros bienes para fines políticos en los mismos lugares de trabajo: el funcionario público debe tener permanente imparcialidad política frente al Estado, porque él está a su servicio y no a favor de parcialidad política alguna. De allí, que la Ley de Carrera Administrativa consagre en el ordinal 2º del artículo 29, el deber del funcionario de guardar neutralidad política en el ejercicio de sus funciones, por lo cual le está prohibido realizar propaganda política o proselitismo en su lugar de trabajo, así como recibir o solicitar dinero y otros bienes para fines políticos en los mismos lugares de trabajo, concretamente, la retención de un porcentaje del sueldo de los funcionarios con destino a un partido político.
- Recomendar a personas determinadas para ser nombradas o atendidas o para que obtengan ventajas o beneficios en la carrera administrativa.
- Cualesquiera otras faltas o circunstancias que no estuvieren sancionadas con amonestación verbal, o con la suspensión sin goce de sueldo o la destitución: al igual que en los casos de amonestación verbal, ésta es una causal genérica en la cual no se establece causales específicas para que proceda esta sanción; en consecuencia, si los hechos no son tan graves para sancionarse con destitución o suspensión sin goce de sueldo, ni tan leves que ameriten una simple amonestación verbal, podría el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento, aplicar una amonestación escrita.

c) *Procedimiento*

Conforme al artículo 60, párrafo único de la Ley de Carrera Administrativa y los artículos 104-105 del Reglamento General, el funcionario de mayor jerarquía den-

tro del servicio, sección o departamento oirá al funcionario, previa participación verbal del hecho que se le imputa. Oído el funcionario se emitirá un informe que contendrá una relación sucinta de los hechos y las conclusiones a que haya llegado, y aplicará la sanción si la considerare procedente. La amonestación escrita deberá ser comunicada por escrito a la Oficina de Personal respectiva, con indicación de la fecha en que fue impuesta y los hechos y causales que la justificaron y, copia de la misma deberá ser entregada al funcionario amonestado.

La Oficina de Personal respectiva hará también del conocimiento de la Oficina Central de Personal, la amonestación impuesta.

3. *La suspensión del cargo*

a) *Concepto*

La suspensión del cargo consiste en la privación temporal que se hace al funcionario del ejercicio del mismo, la cual puede ser con o sin goce de sueldo. El artículo 13 del derogado Reglamento sobre Régimen Disciplinario asignaba competencia para aplicar esta sanción al director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar, pero debía ser ratificada por la máxima autoridad administrativa del organismo. El vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, sin embargo, no estatuye nada al respecto, no obstante, creemos que es conveniente proceder conforme lo prescrito en el anterior Reglamento y que por tratarse de una sanción de cierta gravedad, se exija la ratificación de la misma por parte de la máxima autoridad administrativa del organismo.

b) *Causales*

A diferencia de las otras sanciones (amonestación verbal, escrita y destitución), la suspensión del cargo no tiene causales específicas expresamente contempladas en la ley. En efecto, la Ley de Carrera Administrativa en su artículo 61 se limita a señalar, que ésta procederá cuando fuere conveniente a los fines de realizar una investigación ju-

dicial o administrativa y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación. En este caso, la suspensión del cargo será con goce de sueldo. Por el contrario, la suspensión será sin goce de sueldo cuando al empleado le haya sido dictado auto de detención.

Estas disposiciones en materia de suspensión del cargo, han generado dos posiciones contrarias en relación a su procedencia: la del Tribunal de la Carrera Administrativa y la de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa.

En efecto, mediante sentencia del 21-6-72, el Tribunal de la Carrera Administrativa sostuvo:

... en lo que toca a la suspensión del cargo, la misma puede revestir dos distintas modalidades que la ley, en forma clara, regula. La primera es la suspensión *con* goce de sueldo, supuesto establecido en el artículo 60 (hoy 61), de la Ley de Carrera Administrativa, el cual se produce en la hipótesis de que para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, que determinado empleado no esté en el ejercicio de sus funciones. Esta suspensión "durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación". La suspensión *sin* goce de sueldo sólo procede en la hipótesis del aparte único del artículo 60 (hoy 61) de la Ley de Carrera Administrativa, en el cual se establece: "si contra el empleado se dictare auto de detención, se le suspenderá el cargo sin goce de sueldo". Como puede apreciarse, se trata de un caso específico en el cual no hay posibilidad de ejercicio de la discrecionalidad administrativa, el acto disciplinario es en tal hipótesis, estrictamente vinculado. Esto es, sólo procede cuando el auto de detención ha sido dictado.⁵⁰

La posición de la Corte Suprema de Justicia al respecto se encuentra expresada en la sentencia de fecha 14-8-73, ratificada en sentencia de fecha 13-3-75.

En la primera de las sentencias citadas, la Corte expresa:

50. Rondón de Sansó, Hildegard: *El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*. Ed. Magón. Caracas, 1974, p. 116.

...la Corte considera que el ejercicio de la potestad disciplinaria en el campo de la Administración Pública debe ser predominante correctivo a fin de promover el mejoramiento constante del servicio, con el menor detrimento de éste y de quienes lo integran. Por tal motivo la pena de destitución, que entraña un rompimiento definitivo de la relación existente entre una persona y la Administración Pública, no debe ser impuesta sino en casos de faltas muy graves, o cuando la aplicación progresiva de sanciones menos severas, evidencien la ineficacia de éstas para lograr el propósito de corregir a aquel a quien se hubiesen impuesto. Habrá casos en los cuales un hecho aislado será suficiente para justificar la destitución del funcionario a quien se le impute; pero cuando se piensa en la multiplicidad y variedad de contenidos reales que pueden albergar conceptos tan generales como "falta de probidad, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo, actos lesivos a los intereses del servicio o de la República", se advierte la necesidad de adecuar la sanción establecida por la ley a la falta realmente cometida, para no convertir la administración de justicia en una simple operación mecánica, desprovista de los atributos que dan a la misión del juez su sentido ético y su verdadera dimensión humana.

Ciertamente la destitución es la pena que señala la ley de la materia para sancionar a quienes incurran en alguna de las faltas previstas en su artículo 61 (hoy 62), pero ello no significa que sea la única sanción aplicable en tales casos. La suspensión sin goce de sueldo, cuya aplicación no está subordinada por la ley a causales específicas, podrá ser impuesta a quienes incurran en alguna de las faltas previstas en el citado artículo 61, cuando la destitución resulte excesiva en relación con los hechos que se imputen al empleado. Esta alternativa permitiría al superior jerárquico que ejerza el poder disciplinario al igual que a los tribunales de lo contencioso-administrativo, conciliar el rigorismo de la ley con las exigencias de la equidad.

Por ello el Tribunal de la Carrera Administrativa y, en particular, esta Corte, están obligados a llenar este manifiesto vacío legislativo al decidir casos concretos, a fin de que la Administración pueda con base en la jurisprudencia esta-

blecida, aplicar la suspensión sin sueldo a aquellas faltas que sin ser lo bastante graves para ameritar la destitución del funcionario, deban ser castigadas con una sanción más grave que la amonestación verbal o escrita.⁵¹

En la sentencia del 13 de marzo de 1975, la Corte Suprema ratifica el anterior criterio cuando expresa:

Aunque las normas que regulan la imposición de las penas en la Ley de Carrera Administrativa son extremadamente rígidas por la estrecha vinculación que establece entre ciertas sanciones y determinadas faltas, la Corte considera que es cuando menos aventurado suponer que el legislador, deliberadamente, haya tenido la intención de arrebatar a los órganos disciplinarios de la Administración Pública y a los jueces de lo contencioso-administrativo, la potestad de adecuar la pena a la gravedad de la falta.

En efecto, si bien la Administración aplicó la sanción que, según la letra de la ley, corresponde en abstracto a la falta cometida, es evidente que la pena impuesta resulta extremadamente severa si se tiene en cuenta que la negativa del recurrente a obedecer la orden de traslado se fundó en una interpretación equivocada, aunque racionalmente posible, del artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa, a que tantas veces se ha hecho referencia.

En tales circunstancias, estima la Corte que la sanción aplicable debe ser la *suspensión sin goce de sueldo* por no más de seis meses, y no la destitución, que por ser la pena más severa sólo debe aplicarse a los casos de insubordinación de carácter grave, pero no a las más leves transgresiones del deber de obediencia, ni a aquellos en que alguna circunstancia concurrente atenúa la responsabilidad del funcionario.⁵²

Como puede observarse, para el Tribunal de la Carrera Administrativa la suspensión sin goce de sueldo tiene un requisito expreso para que proceda: el auto de detención dictado. Para la Corte Suprema, esta sanción puede

51. Corte Suprema de Justicia: Sentencia 14-8-73: *Gaceta Oficial*, N° 30.252, del 10-11-73.

52. Pierre Tapia, Oscar: Sentencia 13-3-75: *Jurisprudencia de la C.S.J.*, marzo 1975, N° 3, p. 20.

aplicarse a aquellos casos que, en forma abstracta configuran una causal de destitución, pero que en la práctica no ameritan realmente tal sanción, pues los hechos no revisten la gravedad necesaria para provocar una destitución, que es la sanción disciplinaria más fuerte contemplada en la Ley de Carrera Administrativa.

Más recientemente, nos encontramos con posiciones discrepantes en el seno de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa. En efecto, sostiene el magistrado Antonio J. Angrisano, en sentencia del 25-3-80:

...aunque el referido hecho —el faltante— puede calificarse como “falta de probidad” no reviste, en el caso de autos, suficiente gravedad como para justificar la aplicación de una sanción tan dura como la pena de destitución, la cual debe reservarse para los casos más graves dado que el concepto antes indicado “comprende todo el incumplimiento, o al menos el de una gran parte de las obligaciones que informan el llamado contenido ético del contrato de trabajo”, además como la pena de destitución entraña un rompimiento definitivo de la relación existente entre una persona y la Administración Pública, la misma no debe ser impuesta sino en casos de faltas muy graves o cuando la aplicación progresiva de sanciones menos severas evidencien la ineficacia de éstas para lograr el propósito de corregir a aquél a quien se hubiere impuesto,⁵³

con lo cual acoge el criterio sustentado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. El Magistrado Nelson Rodríguez García, por su parte, en sentencia del 9-6-81, expresó:

Así el artículo 58 de la Ley de Carrera Administrativa señala: Independientemente de las sanciones previstas en otras leyes, aplicables a los funcionarios públicos en razón del desempeño de sus cargos o por el ejercicio de sus funciones, éstos quedan sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias:

53. *Revista de Derecho Público*, N° 2, abril-junio, 1980, p. 162. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

1. Amonestación verbal.
2. Amonestación escrita.
3. Suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo.
4. Destitución.

Estableciendo en forma general las sanciones a las cuales están sujetos los funcionarios públicos, el artículo 59 establece las causales de amonestación verbal, en el artículo 60 las causales de amonestación por escrito, en el artículo 62, las causales de destitución y en el artículo 61 se expresa:

Quando para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, suspender algún empleado del ejercicio de sus funciones, la suspensión será con goce de sueldo y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación.

La Corte ante tal circunstancia se pregunta: ¿caso no se contemplan en el artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa las causales que conllevaría la aplicación de la suspensión del cargo al funcionario público, en razón del desempeño de sus cargos o por el ejercicio de sus funciones? Clara y taxativamente señala dos casos:

- a) La suspensión con goce de sueldo en el caso de la conveniencia de la misma para realizar una investigación judicial o administrativa, con la condición, además, que tal suspensión sólo ha de durar el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación.
- b) La suspensión sin goce de sueldo si contra el empleado se ha dictado un auto de detención, circunstancia en la cual es imperativo para la Administración proceder a la suspensión del funcionario.

Así la Ley redujo el caso de suspensión de los funcionarios públicos a las circunstancias antes determinadas en las letras a) y b). Otra interpretación es peligrosa y violaría los derechos de los funcionarios públicos como ciudadanos que son. Por ejemplo, por no estar previsto el lapso que podría durar una suspensión sin goce de sueldo podría obligarse al funcionario a renunciar al imponerle la Administración tal sanción por un año, o cualquier otro período de tiempo que haga imposible al funcionario esperar el cumplimiento del

lapso para volver a percibir su remuneración. ¿Se respeta de tal forma la estabilidad del funcionario en el cargo?⁵⁴

Con tal razonamiento, es evidente que el magistrado en referencia acoge la tesis defendida por el tribunal de la Carrera Administrativa: sólo procede la suspensión sin goce de sueldo cuando al funcionario le haya sido dictado un auto de detención.

En nuestra opinión, consideramos que la disposición contenida en el único aparte del artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa, que supuestamente establece una única causal para la procedencia de la suspensión del cargo sin goce de sueldo (que se haya dictado un auto de detención), se estableció justamente para evitar que en presencia de una tal situación —auto de detención dictado contra el funcionario— la Administración procediera a aplicar la destitución que como se sabe, es la máxima sanción disciplinaria. Ello no significa —a nuestro parecer— que no pueden darse otros casos en los cuales sea más justo aplicar una suspensión sin goce de sueldo que una destitución, sobre todo en aquellos supuestos o causales de destitución que encierran una multiplicidad y variedad de contenidos reales, por tratarse de conceptos tan generales y que admiten una graduación de la falta, tales como “falta de probidad”, “insubordinación”, “actos lesivos a los intereses del servicio o de la República”, en donde lo más aconsejable es adecuar la sanción establecida por la ley a la falta realmente cometida.

c) *Procedimiento*

De conformidad al artículo 107 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, la suspensión con goce de sueldo tendrá una duración de hasta sesenta días continuos, lapso que sólo podrá ser prorrogado por un período de hasta diez días continuos. Vencido este último sin que se hubiera dictado resolución en la averiguación, el funcionario deberá reintegrarse a su cargo, sin perjuicio de que continúe la investigación, pudiendo

54. *Revista de Derecho Público*, N° 7, julio-septiembre, 1981, pp. 192-193, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

conferírsele una comisión de servicio en otra oficina de su propio organismo, si su regreso a la dependencia a la cual pertenece se considera incompatible con las exigencias de la sustanciación de la averiguación.

La suspensión con goce de sueldo terminará por revocación de la medida, por decisión de sobreseimiento, por absolución en la averiguación o por imposición de una sanción.

En el caso de que a un funcionario se le haya dictado auto de detención, la sanción a aplicar es la suspensión del cargo sin goce de sueldo. El funcionario sometido a juicio una vez obtenida la libertad, deberá reintegrarse al servicio, y la máxima autoridad del organismo, si el funcionario merece sanción en el orden disciplinario, aplicará la sanción administrativa de acuerdo a la naturaleza del hecho que se le imputa (artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

4. *La destitución*

a) *Concepto*

La destitución consiste en la separación del funcionario de la Administración Pública Nacional, por decisión de la máxima autoridad administrativa del organismo (artículo 98 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa). En consecuencia, es claro que sólo el jerarca superior del organismo es el que puede aplicar esta sanción.

Al igual que el resto de las sanciones disciplinarias, la destitución es susceptible de ser aplicada a todos los funcionarios públicos en general, sin distinguir si se trata de funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción. Consideramos que hay que insistir en ello, particularmente en el caso de la destitución, porque en no pocas oportunidades se le ha confundido con la remoción.

En este sentido, la Oficina Central de Personal desde el año 1974, ha señalado que entre sus objetivos se encuentra el "fijar en detalle las fases del procedimiento a cumplir para proceder a la destitución de los funciona-

rios públicos, bien sean de carrera, bien sean de libre nombramiento y remoción".⁵⁵

En el mismo sentido se ha expresado el doctor Brewer-Carías al señalar que:

...los mecanismos relativos a la destitución, también se aplican a todos los funcionarios públicos, de modo que a un funcionario de libre nombramiento y remoción, aun siendo de libre remoción, si se le quiere destituir como consecuencia de una falta disciplinaria, es necesario que para ello se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 61 (hoy 62). Por tanto, si por ejemplo, a un Ministro se lo va a destituir como sanción disciplinaria, deberá cumplirse con los requisitos del señalado artículo 61 de la ley, lo que no impide que pueda ser removido sin ningún tipo de argumento, en virtud de ser un funcionario de libre nombramiento y remoción.⁵⁶

Consideramos acertada la posición, por cuanto se hace necesario distinguir entre destitución y remoción. La destitución es una noción infamante, que implica una conducta incorrecta y grave del funcionario en el desempeño de sus funciones y por ello constituye una sanción. La remoción en cambio, es inherente a determinados cargos, y por ello puede producirse sin que implique una inobservancia a los deberes y normas que tienen los funcionarios públicos.

b) *Causales*

El artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa hace una enumeración taxativa de los hechos que constituyen causal de destitución. Tales hechos son:

—Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en un año: de conformidad al artículo 99 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, las tres amonestaciones deben producirse dentro de un plazo de trescientos sesenta y cinco días continuos, para que constituyan causal de destitución.

55. Circular N° 10.056, del 30-9-74, emanada de la OCP.

56. Brewer-Carías, Allan: *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*. C.A.P., 1971, p. 12.

—Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del organismo respectivo o de la República: esta es una causal genérica que comprende diversos supuestos, a saber:

- a) Falta de probidad: El Tribunal de Carrera Administrativa, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que la noción de probidad, en su acepción más amplia, "...es aquel proceder del individuo realizado bajo la observancia de principios morales, generalmente admitidos, como la honradez, la integridad, la rectitud; por ende, todo acto de la conducta humana efectuado en contravención de dichos principios, constituye una falta de probidad. En el campo de la función pública la probidad es un deber u obligación impretermitible, por parte del funcionario y está caracterizada por un complejo de elementos tanto éticos como legales, cuya apreciación corresponde al juez, quien necesariamente para configurarla tiene que apoyarse en las probanzas aportadas durante el proceso" (sentencia del 6-2-73).⁵⁷

En otra sentencia (del 11-6-74), expresó:

"...hace referencia el legislador con esta expresión a la falta de honradez, de rectitud, de integridad. Tiene por lo tanto, un amplio alcance, pues comprende todo incumplimiento —o al menos en gran parte— de las obligaciones que forman el llamado contenido ético de las relaciones de la función pública y que deben de existir tanto de inferior a superior como de este último a su subordinado. Pero puede considerarse también como expresión de la falta de la buena fe propia que debe existir entre tales relaciones. Podemos decir, que la ausencia de probidad cobija teóricamente, desde el hurto o aprovechamiento de los bienes de la Administración, hasta la inducción

57. Rondón de Sansó, Hildegard: *El Sistema Contencioso Administrativo...*, ob. cit., pp. 108-109.

de error sobre las cualidades declaradas del funcionario, el abuso de confianza, la revelación de secretos relativos a la función, la disminución del rendimiento en el trabajo. Por otra parte, la jurisprudencia la define diciendo que: «La probidad no es un hecho; es un concepto de bondad, rectitud de ánimo, de bien y honradez en el obrar». De allí que, cuando la ley habla de «falta de probidad» está indicando un concepto genérico, donde el acto que esa falta constituye, carece de rectitud, justicia, honradez, integridad”.⁵⁸

- b) Vías de hecho: Es la utilización de métodos violentos, “. . .la vía de hecho involucra toda conducta al margen de una normativa vigente y como tal no ajustada a derecho, estando íntimamente ligada al concepto de insubordinación”.⁵⁹ “La vía de hecho lo constituye tomar la justicia por su propia mano, puede ser real o personal. . .”.⁶⁰
- c) Injuria: La encontramos definida en el artículo 446 del Código Penal: Todo individuo que en comunicación con varias personas, juntas o separadas, hubiere ofendido de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de alguna persona.

En relación a la injuria ha señalado nuestro Tribunal de Carrera Administrativa: “. . .es indudable el amplio alcance del significado de la injuria en el campo de la relación funcional, y por ende, su aplicación irrestricta conlleva a un exceso de rigor reñido con la índole del régimen disciplinario en esta materia, que es eminentemente de enmienda”.⁶¹

- d) Insubordinación: Es la inobservancia del deber de obediencia a las normas y disposiciones emanadas de los superiores jerárquicos. Este deber de obediencia emana de la estructura jerárquica de la Administración Pública; pero las órdenes emana-

58. Rondón de Sansó, Hildegard: *El Sistema Contencioso-Administrativo. . .*, ob. cit., pp. 108-109.

59. Sentencia de fecha 13-8-76, Tribunal de Carrera Administrativa.

60. Sentencia de fecha 26-5-78, Tribunal de Carrera Administrativa.

61. Sentencia de fecha 22-9-75, Tribunal de Carrera Administrativa.

das deben llenar una serie de requisitos para que exista el deber de obediencia, así:

- La orden debe emanar de un superior jerárquico.
- La materia de la orden debe ser de la competencia del superior jerárquico.
- Debe estar revestida de las formas legales que la ley exija explícitamente.
- La orden debe tener un contenido lícito.

Sin embargo, el derecho a análisis del funcionario no es ilimitado. El debe acatar las órdenes sin que por ello renuncie nunca a su derecho de formular observaciones y sugerencias, incluso a no acatar la orden si la ilegalidad es manifiesta.

Al respecto, el Tribunal de la Carrera Administrativa ha señalado: "...la insubordinación constituye el desacato por parte del funcionario de inferior jerarquía a las órdenes impartidas por uno de superior rango".⁶² "...la insubordinación consiste en la resistencia sistemática y persistente a obedecer las órdenes emanadas de los superiores".⁶³

- e) Conducta inmoral: Constituye una inobservancia del deber general de buena conducta; es la exigencia de decoro en la actuación del funcionario.
- f) Acto lesivo al buen nombre o a los intereses del organismo respectivo o de la República: que comprende dos supuestos:
 - Acto lesivo al buen nombre: se inserta en el campo de los derechos morales y consiste en la crítica que lesiona la reputación, la honra, ya que ello constituye un delito y debe reprimirse como tal. Si la crítica está en el campo de las declaraciones formales, ella corresponde al uso legítimo del derecho de expresión y no debe sancionarse.

62. Sentencia de fecha 21-7-77, Tribunal de Carrera Administrativa.

63. Sentencia de fecha 7-12-76, Tribunal de Carrera Administrativa.

—Acto lesivo a los intereses: está en el campo de derechos y expectativas que tiene un contenido material.

En este sentido, el Tribunal de Carrera Administrativa ha establecido que: "...el organismo recurrido está en la obligación de precisar cuándo se incurrió en acto lesivo, en qué consistió esa lesión, pues no basta comprobar que hubo algún incumplimiento, sino que debe existir la prueba de esa lesión en la relación causal entre ésta y el acto omisivo o comisivo".⁶⁴

—Perjuicio material grave causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República: en efecto, el funcionario tiene el deber general de fidelidad que implica velar por el patrimonio del Estado que le ha sido entregado para su manejo, guarda o custodia. De allí, que se sancione con la destitución el hecho de que un funcionario haya causado —intencionalmente o por negligencia manifiesta— un perjuicio material grave al patrimonio de la República. Esta causal se diferencia del supuesto contemplado en el ordinal 3 del artículo 60 de la Ley de Carrera Administrativa, que prevé la sanción de amonestación escrita, por la gravedad del perjuicio causado y por la intencionalidad en cometer el hecho. El Tribunal de la Carrera Administrativa ha señalado que: "...por lo que respecta al perjuicio material grave causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República, se exige la *conurrencia* de dos elementos básicos: la gravedad del perjuicio y la intencionalidad o negligencia manifiesta; por lo tanto, esta causal debe ser interpretada restrictivamente y aplicada con la cabal comprobación de los requisitos legales, o sea, de la magnitud del daño, que debe ser concreto, determinado y del dolo o la negligencia manifiesta".⁶⁵

64. Sentencia de fecha 22-7-75, Tribunal de Carrera Administrativa.

65. Sentencia de fecha 5-4-74, Tribunal de Carrera Administrativa.

—Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles en el curso de un mes: conforme al artículo 100 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, para que el abandono injustificado al trabajo durante tres días laborales constituya causal de destitución, deberá producirse en el curso de treinta días continuos. La Ley de Carrera Administrativa habla de “abandono injustificado” al trabajo. Creemos que es más propio hablar de “inasistencia injustificada”, pues la noción de abandono hace referencia a “la separación voluntaria, injustificada y definitiva del trabajador, de la labor ejercida”.⁶⁶

Es decir, que el abandono está formado por dos elementos:

—El *corpus*, hecho efectivo de la separación;

—El *animus*, que es la intención, la voluntad de no volver.

El ordinal 4 del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa, al establecer término (3 días hábiles en el curso de un mes), admite que no hay la voluntad de no volver, que no existe el elemento *animus*; en consecuencia creemos que es más propio hablar de inasistencia y no de abandono.

El ordinal 4 del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa sanciona la inobservancia del deber que tiene el funcionario público de prestar los servicios en forma permanente y continua y de él se infiere, en consecuencia, la proscripción de la huelga de funcionarios públicos.

En relación al abandono injustificado del cargo, el Tribunal de Carrera Administrativa ha establecido que se trata de una causal de naturaleza objetiva “...en el sentido de que una vez que la administración haya constatado el hecho de la

66. Caldera Rafael: *Derecho del Trabajo*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, p. 361.

inasistencia injustificada por tres días hábiles se tipifica la falta sancionable".⁶⁷

—Condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República: como se ha señalado anteriormente, el funcionario tiene el deber de observar buena conducta, tanto en el ejercicio de sus funciones como en su vida privada. En consecuencia, si el funcionario ha cometido un delito, incluso un delito común, que origine una condena penal cuya pena sea la privación de libertad, la administración lo debe sancionar disciplinariamente con la destitución. En lo que respecta al auto de culpabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República, siempre se ha exigido que dicho auto sea definitivamente firme, lo cual resulta lógico, porque si se trata de un auto que fue recurrido ante los tribunales competentes y éstos a su vez absuelven de responsabilidad administrativa al funcionario, mal puede la administración fundar la destitución del funcionario en el señalado auto de culpabilidad administrativa.

El Tribunal de la Carrera Administrativa, por su parte, ha expresado: "...el auto de culpabilidad administrativa dictado por la Contraloría General de la República, es de carácter meramente declarativo y preparatorio, por cuanto no es capaz de producir por sí solo, efecto jurídico alguno en relación al funcionario declarado responsable, por carecer de autonomía funcional, quedando su eficiencia suspendida hasta tanto la administración activa ejerza la facultad de imponer la sanción disciplinaria a que hubiere lugar".⁶⁸

Evidentemente que este criterio expuesto por el Tribunal de la Carrera Administrativa hoy en día está modificado por las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio

67. Sentencia de fecha 27-2-76, Tribunal de Carrera Administrativa.

68. Sentencia de fecha 5-2-75, Tribunal de Carrera Administrativa.

nio Público, toda vez que el acto de responsabilidad administrativa ya no tiene efectos puramente declarativos puesto que debe expresar la sanción administrativa a ser aplicada al infractor, aparte del requerimiento a la Administración activa para que imponga la sanción disciplinaria a que haya lugar.

- Solicitar y recibir dinero, o cualquier otro beneficio material valiéndose de su condición de funcionario público; esta causal constituye también el delito llamado de corrupción impropia de funcionarios, contemplado en el artículo 198 del Código Penal, el cual quedó derogado con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y sustituido por el artículo 65 de dicha ley.

No obstante tipificar también un delito, no es necesario esperar la decisión de los órganos de la jurisdicción penal para aplicar la destitución. Así lo ha considerado el Tribunal de la Carrera Administrativa, quien en sentencia del 30-4-75, estableció: "...la Ley de Carrera Administrativa no condiciona la aplicación de la medida disciplinaria fundada en la causal derivada, sino exclusivamente en el cumplimiento de los siguientes supuestos:

- En que se hayan solicitado beneficios materiales a los administrados por parte del funcionario;
- En que tal solicitud derive de su condición de agente público".⁶⁹
- Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos, de los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario: esta causal sanciona el incumplimiento del deber del funcionario de guardar secreto, previsto en el ordinal 4 del artículo 28 de la Ley de Carrera Ad-

69. Rondón de Sansó, Hildegard: *El Sistema Contencioso-Administrativo...*, ob. cit., p. 111.

ministrativa. En virtud de tal disposición, se prohíbe a los funcionarios públicos divulgar los asuntos confidenciales, tanto a un número indeterminado de personas como a personas determinadas, de los cuales hayan tenido conocimiento por su condición de funcionarios.

- Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que tengan relaciones con la respectiva dependencia, cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña, salvo que el funcionario haya hecho conocer por escrito esta circunstancia para que se le releve del conocimiento o tramitación del asunto en cuestión: como se sabe, los funcionarios públicos tienen el deber de velar por los intereses de la Administración y a través de esta causal de destitución se trata de evitar la colisión entre los intereses del funcionario y los de la Administración que él debe defender.
- El desacato a las prohibiciones previstas en los ordinales 1º, 3º y 4º del artículo 29 de esta ley: Esta causal también está dirigida a sancionar la inobservancia del deber de velar por los intereses de la Administración que tienen todos los funcionarios o empleados públicos, en el cual incurren si celebran contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público, salvo las excepciones que establezcan las leyes; si auspician gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República, o que soliciten o exploten concesiones administrativas, o que sean proveedores o contratistas de la misma; y si aceptan cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la previa autorización del Senado.

c) *Procedimiento*

De conformidad al artículo 110 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, cuando un funcionario hubiere incurrido en hechos que ameriten destitución, el director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar del organismo solicitará de la Oficina de Personal, llevar a cabo la respectiva averiguación administrativa.

La Oficina de Personal, dentro de un lapso de quince días laborables contados a partir de la fecha de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, elaborará un expediente foliado que contendrá las declaraciones del funcionario investigado, las actuaciones practicadas y en general, todo el material probatorio para hacer constar los hechos (artículo 111 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

Si la Oficina de Personal considera que los hechos imputados configuran causal de destitución, lo notificará al funcionario, quien deberá contestar dentro del lapso de diez días laborables contados a partir de la fecha de notificación más el término de la distancia.

El término de la distancia será calculado a razón de un día por cada 200 kilómetros o fracción sin que exceda de diez días. Si el funcionario investigado no comparece o se negare a informar respecto de los hechos que se investigan, se hará constar en el expediente (artículo 112 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

En la oportunidad de la contestación, el funcionario, mediante escrito o declaración que se hará constar por escrito, expondrá ante el Jefe de Personal las razones en las que funda su defensa. Concluido el acto se abrirá un lapso de quince días para que el investigado promueva y evacúe las pruebas procedentes en su descargo.

Dentro de los tres días laborables siguientes al vencimiento del período probatorio concedido al funcionario, se remitirá el expediente a la Consultoría Jurídica o unidad de función similar del organismo, a fin de que opine sobre la procedencia o no de la destitución, opinión que deberá evacuar en un lapso no mayor de quince días laborables (artículo 114 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

La máxima autoridad del organismo decidirá dentro de los diez días laborables siguientes al dictamen de la Consultoría Jurídica (artículo 115 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa).

Por último, debemos señalar que conforme a lo prescrito en el artículo 116 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, las sanciones disciplinarias producen sus efectos desde la fecha en que sean notificadas al funcionario, notificación que ha de hacerse conforme a lo establecido en los artículos 73 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

2. *Impugnación de las sanciones disciplinarias*

Podríamos afirmar que hablar de la impugnación de las sanciones disciplinarias, se reduce prácticamente a tratar la impugnación de la destitución, ya que, ella es la sanción que causa mayores efectos al funcionario, toda vez que implica la ruptura de su vínculo con la Administración.

Hasta la promulgación de la LOPA, al funcionario afectado por una medida de destitución le bastaba con agotar la instancia conciliatoria, prevista en el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa. Respecto a esta gestión conciliatoria fue jurisprudencia reiterada del Tribunal de la Carrera Administrativa, que era una condición de admisibilidad de la querrela ante ese tribunal. En consecuencia, antes de la vigencia de la LOPA, la única actuación del funcionario afectado en el seno de la Administración era el agotamiento de la vía concilia-

toria, para después acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, la entrada en vigencia de la LOPA, plantea interrogantes acerca de la impugnación de esta sanción disciplinaria en vía administrativa. El principal problema a resolver es si el funcionario afectado debe seguir los procedimientos de impugnación establecidos en ese instrumento jurídico a los efectos de agotar la vía administrativa, o si por el contrario, basta con agotar la gestión conciliatoria para accionar jurisdiccionalmente. Esto nos lleva a plantearnos si la instancia conciliatoria es realmente un procedimiento o medio para el agotamiento de la vía administrativa. La Ley de Carrera Administrativa establece que los funcionarios públicos no podrán intentar válidamente ninguna acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin haber efectuado previamente la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento (Art. 15, párrafo único). Por tanto, de la disposición citada se deduce que es una condición *sine qua non* para la interposición de un recurso contencioso-administrativo, el haber realizado la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento.

Al referirse a estas Juntas, la doctora Sansó se pregunta: "...¿cuál es la función de la Junta? ¿Es la Junta un organismo destinado a revisar las actuaciones administrativas cuestionadas por los funcionarios a los cuales las mismas afectan, con el fin de determinar si tal reclamación está fundada, caso en el cual deben recomendar la conciliación?". Continúa afirmando que la finalidad de la Junta es la de intentar la conciliación, y de acuerdo con los diccionarios jurídicos, conciliar es apaciguar los ánimos de los opuestos o desavenidos. En consecuencia, "el acto de conciliación está destinado a procurar la transigencia de las partes, con objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. De allí que la función de la Junta no es la de opinar, a favor o en contra del funcionario o de la Administración, sino la de lograr un acuerdo entre los intereses del funcionario y los de esa última que evite que el primero se vea obligado a acudir a la vía contencioso-administrativa".^{69-A}

69-A. Rondón de Sansó, Hildegard: "El sistema contencioso-administrativo...", *ob. cit.*, pp. 207-208.

Ahora bien, el Reglamento sobre las Juntas de Avenimiento de 9 de junio de 1971, derogado por el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, de 15 de enero de 1982, establecía que la gestión conciliatoria ante las Juntas de Avenimiento debía efectuarse en forma previa al ejercicio del recurso jerárquico-administrativo ante la máxima autoridad, si fuera el caso (Art. 2º). El nuevo Reglamento no contempla nada al respecto.

De lo anteriormente expuesto es posible deducir que la instancia conciliatoria no sustituía la vía administrativa, sino que por el contrario se admitía la existencia del recurso jerárquico fuera procedente.

Sin embargo, hasta la fecha el problema no está claramente dilucidado, toda vez que el Tribunal de la Carrera Administrativa en sentencia del 1º de junio de 1983, estableció con respecto a los recursos previstos en la LOPA lo siguiente: "Tal como puede apreciarse de la redacción de dichas normas los recursos que la ley establece, como tales, su ejercicio es facultativo, sólo que una vez ejercidos producen los efectos previstos en dicha ley.

"De tal suerte que, cuando los recursos no han sido interpuestos, los mismos no operan como impedimento para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa, a diferencia de la gestión conciliatoria ante la Junta de Avenimiento que la sanciona, la Ley de Carrera Administrativa como un requisito procesal previo en la relación a la interposición de la querrela ante la jurisdicción respectiva".

En este mismo sentido, el profesor Brewer señala que "en principio, el agotamiento de la vía administrativa se produce cuando exista una decisión del Ministro en la organización ministerial o de los funcionarios superiores en vía jerárquica, de las Oficinas Centrales de la Presidencia o de las administraciones con autonomía funcional, por ejemplo, el Contralor General de la República... En el caso de la decisión del Ministro, que es la que regula en particular la LOPA, y cuyas normas habría que aplicarlas analógicamente a los otros supuestos, puede considerarse que esa decisión, por sí sola, agota la vía administrativa. Ello no obsta, sin embargo, para que el

interesado pueda interponer, ante el propio Ministro, un recurso de reconsideración...”^{69-B}

En consecuencia, ante una sanción de destitución que emana del máximo jerarca, por ejemplo, del Ministro, el funcionario afectado por la medida debe realizar la gestión conciliatoria prevista en la Ley de Carrera Administrativa; y si lo desea, intentar un recurso de reconsideración ante el Ministro que dictó la medida, ya que el acto de ese funcionario, por sí solo agota la vía administrativa.

Actualmente reposa en la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo la apelación de la sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa anteriormente citada. La Corte al decidir tendrá que pronunciarse sobre esta materia y poner fin a todas estas interrogantes.

El procedimiento para impugnar una sanción disciplinaria impuesta de conformidad a la Ley de Carrera Administrativa, ante los órganos jurisdiccionales competentes, en este caso, el Tribunal de la Carrera Administrativa, es el pautado en los artículos 74 y siguientes de la citada ley. De la decisión del Tribunal de la Carrera Administrativa conocerá en apelación la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, observándose para ello el procedimiento en segunda instancia previsto en los artículos 162 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

IV. LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

1. *Las averiguaciones administrativas*

A. *Naturaleza jurídica*

a. *Disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR), establece que: “La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma

69-B. Allan R. Brewer-Carías: *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Caracas, 1982, p. 367.

en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubiesen cesado en sus funciones” (artículo 81).

De este artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se desprende que deben darse determinados supuestos para que se dé inicio al procedimiento de la averiguación administrativa; estos supuestos son los siguientes:

- 1) Debe existir “un hecho incriminable”, es decir, un error, una omisión o negligencia en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas al control de la Contraloría.

Enrique Sánchez Falcón señala que: “se trata... de una infracción que tiene como contenido la transgresión de una obligación administrativa, o el incumplimiento de un deber inherente a la custodia o administración de los bienes públicos, y que se manifiesta en un actuar con falsa noción de las circunstancias en que se actuó, en un no actuar o en un actuar con desatención o descuido”.⁷⁰ Por tanto, no es cualquier omisión o inobservancia de los deberes de los funcionarios lo que da origen a la averiguación administrativa, sino sólo aquellas infracciones que se cometan en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de los entes sujetos al control de la Contraloría. Además, según el citado autor, no es necesario que tal infracción esté predeterminada en una ley, pues, en materia de responsabilidad administrativa no tiene rigurosa aplicación el principio *Nullum Crimen Sine Lege*.

- 2) El “hecho incriminable” debe cometerse con respecto a los bienes o fondos de los entes sujetos al control de la Contraloría, esto es, Administración Central y Descentralizada, Administración Estatal y Municipal. En efecto, la Contraloría ejerce un control sobre la Administración Central a través de los gastos, ingresos y bienes nacionales; y un control sobre la Administración Nacional Descentralizada, toda vez que los Institutos Autónomos Nacionales están sujetos al control, salvo que las leyes que los regulen dispongan otra cosa (artículo 56). En cuanto a las empresas en que la República, los Institutos Autónomos y otros entes públicos tengan participación, la Contraloría sólo podrá practicar auditorías, y ejer-

70. Sánchez Falcón, Enrique: “Contribución al Estudio de la Potestad Investigativa de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Control Fiscal*, N^o 77, de 1975, pp. 73-74.

cer funciones de control de gestión (artículo 64). Basándose en esta disposición Sánchez Falcón sostiene, que la Contraloría no es competente para realizar averiguaciones administrativas con respecto a los bienes y fondos de estos entes.⁷¹

Otros autores consideran que la Contraloría sí puede realizar averiguaciones administrativas en aquellos casos en que se hayan cometido infracciones en el manejo o custodia de los bienes o fondos de estas empresas.

Nosotros nos adherimos a esta tesis, sobre todo en virtud de las disposiciones de la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que prevé que la Contraloría puede realizar averiguaciones administrativas de cualquier acto que tenga relación con el patrimonio público, y se considera patrimonio público aquel que comprenda entre otras, a las sociedades en las cuales la República, los Estados, Municipios y demás personas jurídicas de derecho público tengan participación igual o mayor al 50 por ciento del capital social y las sociedades en las cuales estas empresas tengan participación igual o mayor al 50 por ciento. Además, quedan comprendidas las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional (artículo 4º, ordinal 4º y 5º).

En lo que respecta al control sobre los Estados y los Municipios la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 65, prevé que la Contraloría puede ejercer sobre estas administraciones las funciones de fiscalización, inspección e investigación establecidas en el Capítulo II del Título VI de la Ley entre las cuales están las averiguaciones administrativas.

- 3) Por último, es necesario para que se dé el procedimiento de la averiguación administrativa que los errores, omisiones o negligencias sean cometidos por funcionarios públicos o por particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de los bienes o fondos ya señalados.

El procedimiento de la averiguación administrativa puede concluir en tres formas distintas: en auto de sobreseimiento, cuando se encuentra que no hay motivos fundados para actuar o cuando existan motivos legales que justifiquen no proseguir la averigua-

71. Sánchez Falcón, Enrique: *ob. cit.*, p. 76.

ción; en un auto de absolución del investigado, cuando se llega a la conclusión de que su actuación fue legítima; o en un auto de responsabilidad administrativa, en el caso de que se comprueben las irregularidades.

De aquí se deduce que la averiguación administrativa como procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República tiene por objeto comprobar que se han cometido irregularidades en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos y determinar la responsabilidad del investigado en las mismas. Por tanto, la averiguación que lleva a cabo la Contraloría es un procedimiento administrativo que tiene un efecto declarativo: si se comprueban las infracciones y se determina la responsabilidad del indiciado, se dicta un auto de responsabilidad administrativa que tiene un efecto meramente declarativo: declara la responsabilidad administrativa, pero no impone ninguna sanción, ya que esto corresponde a la Administración activa según el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

b. *Disposiciones de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*

La citada ley establece que en materia de salvaguarda del patrimonio público, le corresponde a la Contraloría General de la República: realizar y sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de esa ley o de los cuales pueda derivarse responsabilidad penal, civil o administrativa (artículo 22, ordinal 3°).

El artículo 25 atribuye competencia a la Contraloría para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público; y señala que a estos efectos, puede realizar las averiguaciones que crea necesarias en los siguientes organismos y entidades: 1) La República; 2) Los Estados y Municipios; 3) Los Institutos Autónomos, establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación; 4) Las sociedades en las cuales los entes anteriores tengan una participación igual o mayor al 50 por ciento del capital social, y las sociedades de propiedad totalmente estatal que posean las acciones de otras sociedades con la función de coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; 5) Las sociedades en las

cuales las empresas antes citadas tengan participación igual o mayor al 50 por ciento; y por último, las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas mencionadas o aquellas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para esas personas (artículo 4, *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*).

Así pues, la Contraloría es competente para realizar las averiguaciones que crea conveniente de todos los actos relacionados con el patrimonio público, cuando surjan indicios de que se han cometido actos violatorios de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público* o actos de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de los funcionarios o empleados públicos.

Estas averiguaciones previstas en la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público* tienen carácter declarativo y sancionador, esto es, buscan comprobar la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad administrativa del indiciado, para luego declararla e imponerle la sanción administrativa que corresponda. Mientras que la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República* se limitaba a la declaratoria de la responsabilidad administrativa, sin que estuviera prevista la aplicación de una sanción administrativa, salvo la disciplinaria que en todo caso debe aplicar la Administración activa.

B. *Diferencia entre las averiguaciones administrativas y los reparos a las cuentas de los funcionarios*

El procedimiento de los reparos a las cuentas de los funcionarios está previsto en la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República* y sustituye al juicio de cuentas, establecido en nuestra legislación del siglo pasado.

En efecto, la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República* suprime el juicio de cuentas y dispone que la Contraloría, cuando sea procedente, formulará los reparos a las cuentas de ingresos y de gastos de los funcionarios respectivos. De acuerdo a esta ley, la Contraloría debe realizar un examen de las cuentas de gastos que tiene por objeto: 1) Comprobar la veracidad y exactitud de las operaciones; 2) Determinar si se cumplieron las disposiciones legales pertinentes y las estipulaciones contractuales, según el caso; 3) Establecer si hay indicios de que se han cometido hechos punibles y solicitar de los tribunales u otras autoridades competentes las sanciones del caso y el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieren haberse cau-

sado; 4) Determinar los errores u omisiones que pudieren existir en dichas cuentas (artículo 31). Además, corresponde a la Contraloría el examen, exhaustivo o selectivo, así como la calificación y declaratoria de fenecimiento de todas las cuentas de ingresos de las oficinas y empleados de Hacienda (artículo 39). Si las cuentas no se consideran conformes, una vez realizado su examen, se formulan los reparos correspondientes.

El procedimiento para hacer esos reparos a las cuentas es el siguiente: la Contraloría formula el reparo, notificándolo al funcionario para que a partir de ese momento tenga acceso al expediente respectivo. El funcionario debe contestar los reparos dentro de un lapso de 30 días continuos, contados desde la fecha de la notificación, más el término de la distancia, calculado a razón de 200 kilómetros por día (artículo 100). Si no contesta oportunamente se entenderá que está conforme con el reparo, y por tanto, éste queda firme.

Si el interesado contradice el reparo, la Contraloría, por decisión razonada que agotará la vía administrativa, lo confirmará, reformará o revocará y esta decisión será notificada al interesado (artículo 102). Cuando la Contraloría confirme o reforme el reparo, el interesado podrá ejercer contra esa decisión el recurso de plena jurisdicción por ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, en un lapso de 45 días continuos, desde la notificación (artículo 103).

Una vez que el reparo queda firme, bien porque el interesado no recurrió contra él o porque habiéndolo hecho se desestimó el recurso, la Contraloría declarará fenecida la cuenta y remitirá los autos al Ejecutivo Nacional para que gestione el cobro, administrativa o judicialmente, de la suma de dinero que corresponda pagar al indiciado. En este caso la decisión de la Contraloría tiene el carácter de un título ejecutivo (artículo 52).

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que los funcionarios encargados de hacer efectivas las liquidaciones de los reparos, deben notificar a este organismo, inmediatamente, de su recaudación (artículo 63), y así, una vez que han sido pagadas las planillas de liquidación expedidas por concepto de reparos, o declarados éstos sin lugar por sentencia firme, la Contraloría otorgará el finiquito correspondiente (artículo 54).

De esto se deduce que la diferencia entre las averiguaciones administrativas y los reparos a las cuentas de los funcionarios, está en que

cuando las primeras concluyen en una declaratoria de responsabilidad administrativa, tal declaración no implica, en sí misma, obligación de pagar sumas de dinero al Fisco, sino la aplicación de una sanción disciplinaria por parte de la Administración activa y de la sanción correspondiente por la Contraloría; en cambio, los reparos, una vez firmes, sí conllevan el deber de pagar la cantidad exigida.

C. *El procedimiento de las averiguaciones administrativas*

El procedimiento para abrir una averiguación administrativa se inicia, según el artículo 50 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,⁷² de oficio, por denuncia de particulares o a solicitud de cualquier organismo o empleado público.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en su artículo 26 dispone que "si de las inspecciones y fiscalizaciones surgen indicios de que se han cometido actos violatorios de esta ley, la Contraloría... por auto motivado acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar las diligencias que sean procedentes". Además, el artículo 48 prevé que cuando del estudio de las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por los obligados a ello, de la denuncia que formule el Ministerio Público o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría, apareciere que se han cometido hechos irregulares contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría, por auto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar todas las diligencias para demostrar los referidos hechos ilícitos.

Una vez iniciada la averiguación, la Contraloría debe reunir los elementos de juicio, las declaraciones, las experticias y los informes que considere necesarios para el esclarecimiento de la verdad de los hechos; esto es, para comprobar si efectivamente se cometieron irregularidades en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos. Abierta la averiguación, y realizadas todas las diligencias indispensables se dispone la citación del presunto responsable a fin de informarle los cargos que existan en su contra y de oír su declaración. En este aspecto, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece, que en aquellos casos en que el investigado no pueda ser citado,

72. Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dictado por decreto N° 2.520, del 27-12-77, en *G. O.*, N° 2.119 Extr., del 30-12-77.

se publicará un cartel en un diario de circulación nacional, indicándose lugar, día y hora de comparecencia. Ese lapso de comparecencia no puede exceder de quince días continuos, contados desde la fecha de publicación del cartel respectivo. Transcurrido ese lapso si el interesado no comparece, la averiguación prosigue en su ausencia (artículo 50). Cuando el indiciado así lo solicite, el organismo contralor le dará un plazo no menor de quince días continuos ni mayor de cuarenta y cinco días para que conteste los cargos, presente las pruebas y documentos que considere pertinentes para que sean agregados al expediente y apreciados en la decisión del asunto (artículo 52 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Cuando el investigado no compareciere a declarar se le citará por segunda vez, y si en esta oportunidad tampoco compareciere se le impondrá una multa de hasta cien mil bolívares, según lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En el curso de una averiguación administrativa la Contraloría puede tomar declaración a cualquier persona, siendo la obligación de ésta comparecer y prestar declaración en la misma forma establecida para los testigos e indiciados, según sea el caso, en la legislación procesal común (artículo 89 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Las únicas personas exceptuadas de la obligación de concurrir a la Contraloría y de declarar son: el Presidente de la República, el Presidente del Congreso y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Se exceptúan de concurrir pero no de declarar, los miembros del Congreso y los diputados a las Asambleas Legislativas, mientras dure su inmunidad; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el Presidente y Miembros del Consejo Supremo Electoral; los Ministros; el Secretario General de la Presidencia de la República y el Fiscal General de la República; los Gobernadores de los Estados, Territorios Federales y Distrito Federal; los Jueces Superiores y de Primera Instancia; los Jueces Militares con jurisdicción y mando de armas y los Arzobispos y Obispos. La declaración de estas personas se hará, en el Despacho de los mismos, en la forma y oportunidad que el Contralor decida (artículo 90, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

El procedimiento de la averiguación administrativa concluye en una decisión motivada que debe contener: identificación del interesado; breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; las razones de hecho y de derecho en que

se fundamenta la decisión; y la declaración de responsabilidad administrativa o de absolución del investigado o la de sobreseimiento del asunto (artículo 61, Reglamento Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Por tanto, la decisión será de responsabilidad administrativa, de absolución o de sobreseimiento. Veamos cada uno de estos aspectos por separado:

a) Sobreseimiento: el procedimiento de la averiguación administrativa puede terminar en sobreseimiento en los siguientes casos:

- Cuando al momento de iniciarse la averiguación hayan prescrito las acciones que pudieran derivarse de los hechos que le dieron origen;
- Cuando haya fallecido el indiciado, y
- Cuando existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la averiguación (artículo 60, Reglamento Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

En cuanto a la prescripción, la Contraloría ha aplicado analógicamente lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según la cual:

La acción penal para perseguir las contravenciones y las penas que se impongan por éstas, prescribirán a los cinco años, salvo disposición especial. La prescripción se contará e interrumpirá con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal.

En virtud de esto, ha considerado la doctrina que para declarar la responsabilidad administrativa hay un lapso de prescripción de cinco años cuando no se ha dado inicio a la investigación, pero si ésta ya se ha comenzado el lapso se cuenta en la mitad.⁷³

b) Absolución del investigado: el procedimiento de la averiguación administrativa puede concluir en un auto de absolución del investigado en aquellos casos en que se encuentre legítimo su proceder.

c) Declaración de la responsabilidad administrativa: cuando la Contraloría, una vez terminada la averiguación administrativa comprueba la verdad de las presuntas violaciones e infracciones, por parte del

73. Rachadell, Manuel: "Naturaleza y Efecto de la Declaratoria de la Responsabilidad Administrativa", en *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 153.

indiciado, procede a declarar su responsabilidad administrativa y aplicarle la sanción administrativa correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

De esta decisión, el investigado puede recurrir ante el Contralor por vía de recurso jerárquico dentro de los 10 días continuos siguientes a la notificación de la decisión (artículo 77, RLOCGR); o por vía del recurso de reconsideración, si la decisión es del contralor o de sus delegados (Art. 72, RLOCGR). En ambos casos se pueden alegar razones de legalidad o razones de mérito (artículos 73 y 77, RLOCGR).

El artículo 97 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dispone que la interposición del recurso de reconsideración no es requisito para que se considere agotada la vía administrativa; por tanto, el indiciado puede optar por interponer este recurso o por intentar el recurso contencioso-administrativo dentro del lapso de seis meses contados desde la fecha de la notificación.

Creemos conveniente destacar que en esta materia relativa a los procedimientos de impugnación de actos administrativos, tienen aplicación preferente las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en especial lo referente al agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y los lapsos establecidos en dicha ley para ejercer los señalados recursos de impugnación.

La declaratoria de responsabilidad administrativa procede sólo con respecto a los funcionarios públicos, por lo cual, cuando en el curso de una averiguación administrativa se comprueba la actuación irregular de particulares, en perjuicio de los intereses de la República, la Contraloría debe alertar a los organismos públicos sobre estas irregularidades, para que adopten las medidas de precaución que consideren pertinentes en sus futuras o eventuales relaciones con aquéllos, y además solicitará que se impongan las sanciones civiles y penales que correspondan (artículo 62, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Ahora bien, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece en su artículo 2, ordinal 3º, que pueden ser considerados funcionarios o empleados públicos, en determinados casos establecidos en la ley, personas particulares. Tales casos se refieren a la obligación de declarar en forma jurada el patrimonio por parte de tales particulares en dos supuestos específicos: a) personas naturales o jurídicas que

ejecuten obras o suministren bienes o servicios a las entidades públicas (artículo 14), y b) cuando de las investigaciones de que esté conociendo el tribunal competente, surjan indicios de delitos contra el patrimonio público, que lleven a dicho tribunal a exigir de los particulares involucrados la declaración jurada de patrimonio (artículo 13).

En ambos casos, el incumplimiento de esta obligación de presentar declaración jurada de bienes origina responsabilidad administrativa y da lugar a la imposición, por parte de la Contraloría o del Tribunal, de una multa entre 500 y 10.000 mil bolívares, de conformidad a lo previsto en el artículo 21 ordinal 1º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Para terminar debemos mencionar que el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la faculta para abstenerse de continuar la averiguación administrativa "cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares", caso en el cual remitirá las actuaciones practicadas a la autoridad competente para que sean proseguidas. El Reglamento Interno de la Contraloría exige, además, que en estos casos no haya habido intención dolosa del funcionario público para que proceda la suspensión (artículo 23, ordinal 47 y artículo 25, ordinal 22).⁷⁴

2. *El auto de responsabilidad administrativa*

Con respecto al auto de responsabilidad administrativa emanado de la Contraloría General de la República, como resultado de un procedimiento de averiguación administrativa, vamos a analizar los siguientes aspectos: naturaleza jurídica, sujetos pasivos y efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

A. *Naturaleza del auto de responsabilidad administrativa*

La declaratoria de responsabilidad administrativa, por parte de la Contraloría, se produce cuando se determina que un funcionario público es responsable de una infracción a las normas que regulan la administración, manejo o custodia de fondos o bienes públicos. Por tanto, tal declaratoria procede por incumplimiento de los deberes del funcionario relacionado con dichos bienes o fondos. Así lo estableció una sentencia del Tribunal Superior Primero de Hacienda "aunque si

74. Reglamento Interno de la Contraloría, del 30-12-77, en *G. O.*, N° 2.119 Extr., del 30-12-77.

bien es verdad como se afirma, el que la esencia de la responsabilidad administrativa es la conducta que no se ajusta a las normas legales, en instrucciones de superiores jerárquicos, o como deberes propios de la condición de funcionarios, también lo es el que la norma señalada requiere que la falla de tal conducta sea con ocasión del manejo de fondos o bienes nacionales...".⁷⁵

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece que la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario puede pronunciarse cuando se comprueba que ha incumplido deberes o normas relacionadas con el manejo de bienes y fondos públicos, sin que sea importante el hecho de que tal infracción produzca perjuicios pecuniarios al Fisco o no. En efecto, el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que la Contraloría puede continuar la averiguación o la investigación en aquellos casos en que no se hubieren causado perjuicios pecuniarios, cuando en su criterio fuere necesario establecer la responsabilidad administrativa o reunir indicios de la responsabilidad civil o penal de las personas investigadas.

Enrique Sánchez Falcón define la declaratoria de responsabilidad que dicta la Contraloría como "un acto administrativo mediante el cual los hechos investigados se imputan a una conducta en particular", es decir, es un acto que "declara el nexo de causalidad existente entre el hecho incriminable y la conducta investigada, la cual se presenta como violatoria de un orden de cosas que puede estar o no predeterminado legalmente".⁷⁶

El auto de responsabilidad administrativa es pues, desde el punto de vista jurídico, una declaración de que un funcionario público ha incumplido obligaciones o deberes inherentes a su cargo; no es una sanción en sí misma (aunque pudiera considerarse como una sanción moral), y desencadena la imposición de una sanción disciplinaria por parte de la Administración activa.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público prevé que la Contraloría General de la República, al declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos impondrá la sanción administrativa que corresponda (artículo 22, ordinal 4^o). Expresamente establece: "La Contraloría... en la decisión

75. Sentencia del Tribunal Superior Primero de Hacienda, del 22-5-77. Citada por Enrique Sánchez Falcón, *ob. cit.*, p. 79.

76. Sánchez Falcón, Enrique: *loc. cit.*, p. 78.

que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley” (artículo 33).

Por tanto, ahora la declaratoria de responsabilidad administrativa sí conlleva la aplicación de una sanción administrativa por parte de la propia Contraloría.

B. *Sujetos pasivos del auto de responsabilidad administrativa*

El sujeto pasivo del auto de responsabilidad administrativa es el funcionario público: la Contraloría sólo puede declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, independientemente de que los particulares puedan ser objeto de averiguaciones por parte de este órgano contralor; salvo los casos ya mencionados de responsabilidad administrativa por parte de particulares, previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone sobre los particulares lo siguiente: “si en el curso de una averiguación se comprueba la actuación irregular de particulares en perjuicio de los intereses de la República, además de solicitar la imposición de las sanciones civiles y penales que sean pertinentes, la Contraloría alertará a los organismos públicos para que tomen las medidas de precaución que consideren pertinentes, en sus futuras o eventuales relaciones con aquellos” (artículo 62).

Con respecto a los funcionarios públicos, hay que preguntarse si la Contraloría puede declarar la responsabilidad administrativa de todos aquellos que estén al servicio de los entes sujetos a su control, o si por el contrario, algunos están exceptuados de tal declaratoria.

Del artículo 66 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República parece desprenderse que los funcionarios de los Estados y de los Municipios no pueden ser declarados responsables por la Contraloría, sino que ella debe limitarse a comunicar el resultado de las actuaciones practicadas en los Estados y Municipios, según sea el caso, al Ejecutivo Nacional, a la Asamblea Legislativa o al Concejo correspondiente.

Esta situación cambia con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público que establece que la Contraloría tiene competencia para

investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público; y a estos efectos puede realizar averiguaciones y declarar la responsabilidad de los siguientes funcionarios:

1. Todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún Instituto o Establecimiento Público sometido por la ley a control de tutela o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades (artículo 2º, ordinal 1º).
2. A los Directores y Administradores de las Sociedades Civiles y Mercantiles, Fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de la República, de los Estados o de los Municipios, de los Institutos Autónomos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los entes mencionados tengan participación igual o mayor al 50 por ciento del capital social; de las sociedades en las cuales las empresas mencionadas tengan participación igual o mayor al 50 por ciento o de las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas ya referidas, y los Directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al 50 por ciento del capital o patrimonio (artículo 2º, ordinal 2º).
3. A cualquier otra persona, en los casos previstos en la ley (artículo 2º, ordinal 3º).

Por tanto, la Contraloría puede ahora declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios al servicio de los Estados y de los Municipios, sin que esto signifique que las Contralorías Estadales o Municipales ya no tengan competencia para ello, pues, de entenderse esta disposición de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el sentido de que sólo la Contraloría General de la República puede declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios de los Estados y de los Municipios, se estaría menoscabando la autonomía de estos entes territoriales, toda vez que la Constitución en su artículo 235 señala, que las funciones de la Contraloría General de la República se pueden extender por ley a las administraciones estatales o municipales pero sin menoscabar la autonomía que a éstas garantiza la Constitución.

C. *Efectos del auto de responsabilidad administrativa*

Hemos mencionado que de acuerdo con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República el auto de responsabilidad administrativa no produce, en sí mismo, ninguna consecuencia jurídica, pues, sólo es una declaración de que un funcionario público ha realizado infracciones en los deberes inherentes a su cargo, y específicamente, como lo señala la ley ha cometido errores, omisiones o negligencias en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos. Sin embargo, la declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea la imposición de sanciones disciplinarias y puede desencadenar la responsabilidad civil y penal.

Esta situación se modifica, tal como hemos comentado, con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues de acuerdo con sus disposiciones la declaratoria de la responsabilidad administrativa va acompañada de la aplicación de una sanción pecuniaria: la Contraloría, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, según las previsiones de esta ley (artículo 33, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público). Ahora la declaratoria de responsabilidad administrativa ha dejado de ser una mera declaración sin efecto sancionador, salvo la sanción disciplinaria que supuestamente la Administración debía imponer, pero que en la mayoría de los casos no se hacía, para convertirse en una sanción, y específicamente en una multa que el responsable está obligado a pagar.

Los efectos del auto de responsabilidad administrativa son los siguientes: sanción administrativa, sanción disciplinaria, puede desencadenar la responsabilidad penal y la civil.

a. *Sanción administrativa*

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público dispone que la Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes. Por tanto, es obligación de la Contraloría imponer la sanción correspondiente al declarar esta responsabilidad.

En este sentido, la ley establece un conjunto de sanciones entre dos límites: un máximo y un mínimo, dándole un poder discrecional

a la Contraloría para la aplicación de las mismas. En efecto, el artículo 43 contempla que para “la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta ley, se tomará en cuenta la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado”.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público prevé una serie de supuestos de responsabilidad administrativa y sus sanciones, y así cuando un funcionario incurre en uno de esos supuestos se declarará su responsabilidad administrativa y se le impondrá la sanción prevista, estableciendo la Contraloría el monto exacto entre los límites que fija la ley, de acuerdo a la gravedad de la infracción y a la naturaleza de la actividad del organismo al cual pertenece el responsable.

Pero además de esas sanciones específicas para los supuestos de responsabilidad administrativa previstos en la ley, se contempla una sanción genérica: “Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares” (artículo 42, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

Cuando el funcionario responsable no paga la multa en el término fijado, se pasa el caso al Fiscal General de la República para que intente la acción civil de cobro, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento del Código de Procedimiento Civil, las cantidades que se adeuden devengarán intereses calculados al 12 por ciento anual. Sólo en aquellos casos de imposibilidad del cobro a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría podrá acordar su conversión en arresto; y en este caso, mientras dure la medida, el funcionario no recibirá emolumento alguno (artículo 43, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público). La multa se convertirá en arresto a razón de un día de éste por cada mil bolívares (artículo 106, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

b. *Sanción disciplinaria*

El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone, que “una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el tér-

mino de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría”.

Esto significa que el auto de responsabilidad administrativa da lugar a la aplicación, por parte de la Administración activa, de la sanción disciplinaria que corresponda, y la aplicación o no de la misma no es potestativo de la Administración, sino que ella tiene la obligación de aplicarla en el término de treinta días, de lo cual debe informar por escrito a la Contraloría.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público prevé que transcurridos los treinta días establecidos sin que se haya aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor solicitará al Fiscal General de la República requerir de la Administración la imposición de la sanción que estime pertinente (artículo 29).

El auto de responsabilidad administrativa trae como consecuencia la aplicación de una sanción disciplinaria, que puede ser cualquiera de las previstas en la Ley de Carrera Administrativa: amonestación verbal o escrita, suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo o destitución, según la gravedad de la infracción cometida por el funcionario responsable.

La Ley de Carrera Administrativa contempla el auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría como una causal de destitución (artículo 62), de lo cual podría desprenderse que toda vez que haya un auto de responsabilidad administrativa, esta es la sanción que debe aplicarse.

Sin embargo, del texto del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se deduce que se aplicará la sanción que corresponda, de acuerdo con la infracción cometida.

Esta es la opinión dominante en la doctrina venezolana, según la cual “el superior jerárquico tiene facultades para aplicar la sanción según la magnitud de la falta, la cual puede ir desde una amonestación verbal hasta una destitución, acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, durante un período no mayor de tres años que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados (artículo 84, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República)”.⁷⁷

77. Rachadell, Manuel: *ob. cit.*, pp. 164-165.

En este mismo sentido encontramos la opinión del profesor Enrique Sánchez Falcón, quien señala:

...Por el hecho de que el acto de la declaratoria de responsabilidad administrativa aparezca en la Ley de Carrera Administrativa únicamente como causal de destitución... no es dable pensar que ésta sea la única sanción que pueda imponer el jerarca del orden administrativo al cual pertenezca el funcionario inculcado por la Contraloría. Tiénese para demostrarlo la circunstancia de que cuando el... artículo de la Ley de Contraloría habla de "la sanción administrativa que corresponda", se está refiriendo, indeterminadamente, a una entre las sanciones previstas en el artículo 58 de la citada Ley de Carrera Administrativa, vale decir, entre la amonestación verbal o escrita; la suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo; o la destitución. Todo ello, obviamente, en función de la gravedad de la infracción cometida por el sujeto inculcado.⁷⁸

c. *Responsabilidad penal*

Otra consecuencia que puede derivarse de las averiguaciones que realice la Contraloría es que de las mismas resulten indicios de la comisión de un hecho tipificado como delito. En tales casos, la Contraloría debe enviar el expediente a la Fiscalía General de la República, que según la Constitución es el órgano competente para intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad penal de los funcionarios públicos (artículo 220, C.N.).

La Fiscalía examinará todos los recaudos para determinar si efectivamente hay indicios de responsabilidad penal, y en caso afirmativo, intentará acciones correspondientes.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público dispone que compete a la Contraloría realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal, y una vez concluida la sustanciación, debe remitir al Ministerio Público el resultado de sus actuaciones para que éste ejerza las acciones pertinentes (artículo 30, LOSPP).

d. *Responsabilidad civil*

Por último, de las averiguaciones administrativas llevadas a cabo por la Contraloría pueden surgir indicios de responsabilidad civil, es

78. Sánchez Falcón, Enrique: *loc. cit.*, p. 83.

decir, se derivan indicios de que la actuación del funcionario investigado ha causado algún daño patrimonial a un particular o al Estado.

En estos casos de indicios de responsabilidad civil, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público señala que corresponde a la Contraloría realizar los actos de sustanciación necesarios para determinarla, y una vez concluida la sustanciación remitirá el resultado de sus actuaciones al Ministerio Público para que éste ejerza las acciones pertinentes (artículo 30), para hacer efectiva la responsabilidad civil del indiciado.

V. LOS ILICITOS ADMINISTRATIVOS CONTEMPLADOS EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

El artículo 32 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece que "...todo funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria". Por tanto, los ilícitos administrativos, es decir, los supuestos de la responsabilidad administrativa son actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria.

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público prevé unos supuestos específicos de la responsabilidad administrativa y un supuesto genérico de la misma.

1. *Supuestos específicos*

El doctor Brewer-Carías⁷⁹ ha clasificado los supuestos específicos de responsabilidad administrativa en dos categorías: los supuestos derivados de la violación de deberes de sana administración, y los supuestos derivados de la violación de deberes específicos previstos para la aplicación concreta de la ley.

A. *Violación de deberes de sana administración*

Los principios de sana administración, cuya violación por parte de los funcionarios o empleados públicos configura ilícitos administrativos, pueden agruparse en ocho categorías: "el endeudamiento no autorizado; el manejo ilegítimo de cuentas bancarias; el sobregiro bancario; la disposición o uso indebido o ilegales de fondos o bienes públicos; la ex-

79. Brewer-Carías, Allan: "La Responsabilidad Administrativa...", *ob. cit.*, p. 35.

pedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo; el ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos; el despilfarro administrativo, en los casos de realización de gastos innecesarios o a precios superiores al mercado y de faltas de mantenimiento en los bienes del Estado; y la negligencia en la defensa jurídica de los entes públicos”.⁸⁰

El endeudamiento no autorizado está previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que señala que incurren en responsabilidad administrativa, además de la penal y civil que establece la ley, los funcionarios que sin estar previa y legalmente autorizados para ello, o sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza que puedan afectar la responsabilidad de la República o de alguna de las entidades señaladas en el artículo 4º de la ley.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de 1.000,00 a 50.000,00 bolívares.

El artículo 35 excluye de este supuesto de responsabilidad administrativa los casos de celebración de contratos que impliquen compromisos financieros para la República sin crédito presupuestario o sin disponibilidad presupuestaria, en situaciones de emergencia, como calamidades públicas o conflicto interior o exterior, cuando sea de urgente necesidad la ejecución de determinadas obras o la adquisición de bienes, y siempre que esto se haga previa consulta del Contralor General de la República, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El manejo ilegítimo de cuentas bancarias y el sobregiro bancario se establecen en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público: “Incorre también en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pueda corresponderle, el funcionario o empleado público que, con fondos públicos, abra cuenta bancaria a su propio nombre o al de un tercero, o deposite dichos fondos en cuenta personal ya abierta, o aquel que se sobregire en las cuentas que en una o varias entidades bancarias tenga el instituto o ente público confiado a su manejo, administración o giro. En estos casos los responsables serán sancionados con multa de un mil a cincuenta mil bolívares”.

80. Brewer-Carías, Allan: “La Responsabilidad Administrativa...”, *ob. cit.*, p. 36.

Por tanto, el manejo ilegítimo de cuentas bancarias se produce cuando el funcionario, con fondos públicos, abre una cuenta bancaria a su nombre o al de un tercero, o los deposita en una cuenta personal ya abierta, y el sobregiro bancario cuando el funcionario se sobregire en las cuentas que tenga el ente público confiado a su manejo, administración o giro.

La disposición o uso indebidos o ilegales de fondos o bienes públicos está consagrado en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En efecto, el citado artículo establece: "Ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos u otros bienes de que sea responsable, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida. El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo y sin perjuicio de la responsabilidad del superior jerárquico que impartió la orden".

De esta manera, incurren en responsabilidad administrativa los funcionarios que ordenen o procedan al pago, uso o disposición indebidos de fondos u otros bienes de que sean responsables, es decir, es responsable administrativamente, tanto el funcionario superior jerárquico que impartió la orden de pago o empleo indebidos de los fondos o bienes como el funcionario inferior que procedió a realizarlo, salvo que éste haya advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida.

Además, el artículo 38 contempla que "los miembros de las Juntas Directivas o de los cuerpos colegiados encargados de la administración del patrimonio de las entidades a las que se refiere el artículo 4º, incurren solidariamente en responsabilidad administrativa cuando concurren con sus votos a la aprobación de pagos ilegales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que de tales acuerdos pudieren derivarse. Incurren igualmente en responsabilidad los funcionarios que hubieren autorizado tales pagos, salvo que hubieren objetado previamente por escrito la orden respectiva. Esta disposición será aplicable a los Concejales Municipales".

La expedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo está previsto como supuesto de responsabilidad administrativa, en los términos del artículo 32, en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuando señala que cualquiera de los

funcionarios indicados en el numeral 1 del artículo 2º de la ley que, sin atenerse a la verdad, expidan certificados o constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de cualquier persona a su trabajo, sean particulares o funcionarios o empleados públicos u obreros al servicio del Estado, además de las otras sanciones previstas en la ley, serán castigados con multa de quinientos a cinco mil bolívares.

El ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos está contemplado en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, según el cual los funcionarios públicos que oculten, permitan el acaparamiento o nieguen injustificadamente a los usuarios las planillas, formularios o formatos cuyo suministro corresponde a la administración pública, serán sancionados, en cada caso, con multa de dos mil a diez mil bolívares.

El artículo 41 regula otro supuesto de violación de deberes de sana administración, que el doctor Brewer-Carías denomina el despilfarro. En efecto, el artículo 41 establece que serán sancionados con multa de diez mil a quinientos mil bolívares los funcionarios que:

- a) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las necesidades del organismo (numeral 1º).
- b) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales a precios superiores a los del mercado (numeral 2º).
- c) Contraten personal supernumerario innecesario para el funcionamiento del organismo (numeral 4º).
- d) Autoricen gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las necesidades estrictamente protocolares del organismo (numeral 5º).
- e) Ordenen erogaciones excesivas para gastos de escritorio y papelería (numeral 6º).
- f) Ordenen obras de calidades o a precios superiores a las necesidades requeridas por el organismo (numeral 7º).
- g) Dejen que se pierdan, deterioren o menoscaben, salvo el desgaste debido al uso normal al cual están sometidos, las maquinarias, equipos, implementos, repuestos, materiales y cualesquiera otros bienes del Patrimonio Público (numeral 9º).

Resumiendo, incurren en responsabilidad administrativa por violación de un principio de sana administración, los funcionarios pú-

blicos que realicen gastos innecesarios, gastos a precios superiores al mercado o que cometan faltas en el mantenimiento de los bienes del Patrimonio Público.

Por último, la negligencia de las defensas jurídicas regulado en el artículo 41, numeral 8º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público que señala que los funcionarios públicos que dejen prescribir o permitan que desmejoren acciones o derechos de los organismos públicos, por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente, serán sancionados con multa de diez mil a quinientos mil bolívares.

B. *Violación de deberes derivados de la aplicación de la ley*

El segundo tipo de supuestos de responsabilidad administrativa que contempla la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se deriva de la violación de los deberes específicos que prevé la ley para lograr su efectiva aplicación. Tales deberes son, fundamentalmente, la obligación de hacer declaración jurada de patrimonio.

En efecto, el artículo 5º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece que las personas señaladas en el artículo 2º, de la ley, deben hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas. Además, la Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente, pueden exigir, en cualquier tiempo, que se presente la declaración jurada de patrimonio a las personas indicadas en el artículo 2º de la ley; y en este caso, el obligado debe formular dicha declaración dentro de los treinta días continuos siguientes a la notificación de la correspondiente resolución (artículo 12).

Cuando el funcionario público incumple la obligación de declarar en forma jurada su patrimonio, incurre en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, salvo que esté exceptuado de formular tal declaración según el artículo 7º de la ley. En efecto, el artículo 7º establece quiénes están excluidos de la declaración, pero en su párrafo único consagra la posibilidad de que la Contraloría ordene a cualquiera de las personas exceptuadas a formular declaración jurada de patrimonio, cuando esto fuere necesario con motivo de la investigación que ella practique. Si el funcionario no obedece la orden de la Contraloría incurre en responsabilidad administrativa.

En todos estos casos, la ley establece una sanción pecuniaria para los responsables del incumplimiento, que oscila —según el artículo 19, numeral 1º y el artículo 21, numeral 1º— entre los 500 y 10.000 bolívares. Además, la ley prevé la retención del pago de las remuneraciones para aquellos funcionarios que no presenten la declaración jurada de patrimonio en el término señalado, hasta tanto no cumplan con esa obligación. La retención se mantendrá hasta que el funcionario o empleado público presente prueba fehaciente de que entregó dicha declaración al funcionario autorizado por la Contraloría General de la República para recibirla (artículo 10).

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece la obligación de declarar respecto de los particulares en dos casos:

- 1) El tribunal competente puede exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio a personas distintas a las indicadas en el artículo 2º de la ley, cuando, de las investigaciones de que esté conociendo, surjan indicios de delitos contra el Patrimonio Público. Los requeridos deben formularla en un plazo no mayor de sesenta días continuos, a partir de la notificación de la correspondiente resolución (artículo 13).
- 2) Las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a cualesquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta ley, deben formular o presentar declaración jurada de patrimonio cuando les sea exigido por la Contraloría General de la República o el tribunal competente en el curso de las investigaciones que realicen. Mientras no cumplan esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos (artículo 14).

El incumplimiento de esta obligación acarrea responsabilidad administrativa, y da origen a la sanción de multa que oscila entre 500 y 10.000 bolívares según el artículo 21, numeral 1º de la ley.

Por otra parte, la ley consagra que esta declaración jurada del patrimonio debe ser sincera, debiéndose presentar los documentos necesarios para comprobar tal sinceridad. En efecto, el artículo 18 establece que si la declaración es insincera por dolo imputable al declarante, se procede a abrir la averiguación prevista en el artículo 48. Si el error u omisión en la declaración fuere culposos, la Contraloría General de la República, de oficio, hará las correcciones necesarias, instando al superior jerárquico para que amoneste al declarante.

En cuanto a la presentación de documentos adicionales para verificar la sinceridad de la declaración, la ley prevé que cuando la Contraloría observe que la misma no se ajusta a las exigencias previstas en la ley o hayan dudas sobre la exactitud de los datos que ella contenga, ordenará al declarante que presente los elementos probatorios del caso dentro de un plazo de 30 días continuos, a partir de la notificación, más el término de la distancia que se computará a razón de 200 kilómetros diarios, y si no presentare lo requerido, la Contraloría participará a quien corresponda ordenar el pago de sueldos o emolumentos, a los efectos de que los retenga, hasta que corrija los vicios o consigne las pruebas que aclaren su situación (artículo 16). Si el funcionario incumple con esta obligación incurre en responsabilidad administrativa en los términos del artículo 32 y se le aplicará una multa de 500 a 2.000 bolívares según el artículo 19, numeral 2°.

Por último, incurren en responsabilidad administrativa, en los términos del artículo 32, los funcionarios o empleados públicos o los particulares que impidan u obstaculicen las diligencias que deben realizarse para verificar la sinceridad de la declaración; y serán sancionados, por la Contraloría o el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público con multa de 500 hasta 10.000 bolívares (artículo 21, numeral 2°).

2. *Supuesto general*

La ley, aparte de los supuestos específicos de responsabilidad administrativa ya comentados, establece un supuesto general consagrado en el artículo 32, que prevé que todo funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la penal y de la civil.

Este supuesto general se complementa con el artículo 42, según el cual toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en la ley y que origine una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de 1.000 a 50.000 bolívares.

Estas normas hacen surgir algunas interrogantes: primero: ¿Toda violación de ley o reglamento da origen a responsabilidad administrativa?; segundo, ¿los ilícitos administrativos previstos en otras leyes, se sancionan con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público o con las multas que esas leyes prevén?, y tercero, ¿la sanción genérica del artículo 42 se aplica en los casos en que la ley ha regulado la vio-

lación de una disposición legal como ilícito penal, con una sanción penal, sin prever específicamente una sanción administrativa?

En cuanto a la primera pregunta, pensamos que sólo da origen a responsabilidad administrativa la violación de disposiciones legales o reglamentarias que regulan el manejo, la custodia o la administración del patrimonio público.

Con respecto a la segunda pregunta, parece lógico que cuando se trate de una infracción regulada en otra ley y con una sanción específica, se aplique ésta y no la genérica del artículo 42.

Por último, sobre la tercera interrogante debemos afirmar que la responsabilidad administrativa es independiente de la civil y de la penal, por tanto, si una conducta se tipifica como ilícito administrativo, con su sanción administrativa y como ilícito penal, con su pena, el concurso de sanciones es admisible. La duda aparece en aquellos supuestos que no se han regulado expresamente como ilícitos administrativos, en los cuales se aplicaría, cuando fuera procedente, el supuesto general de los artículos 32 y 42. En efecto, los delitos contra la cosa pública son conductas contrarias a la ley, por tanto, según el artículo 32 originan responsabilidad administrativa, pero hay duda sobre si en estos casos se le aplica o no la sanción genérica del artículo 42. Parecería que no, pues esta sanción se aplica solo en caso de violación de ley o reglamento "no prevista expresamente en esta ley". De esta forma, si la ley prevé la violación legal como ilícito penal con su sanción, no corresponde la aplicación de la sanción administrativa genérica del ar-

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico venezolano reconoce expresamente la responsabilidad del Estado por hechos causados por sus autoridades legítimas en ejercicio del Poder Público. Esta responsabilidad del Estado se reconoce no sólo en relación a sus actividades derivadas de la función administrativa, sino también las provenientes del ejercicio de las funciones legislativas, de gobierno y jurisdiccional.
2. También consagra nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad personal e individual de los funcionarios públicos, sean dependientes de la Nación, los Estados y los Municipios y en funciones ejecutivas, legislativas o jurisdiccionales, con la sola excepción —constitucional— de los senadores y diputados, quienes son irresponsables por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 142 C. N.).

Las clases de responsabilidad de los funcionarios consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano son: penal, civil, administrativa y disciplinaria; destacándose que para nuestro sistema, contrariamente a la doctrina dominante, responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son nociones distintas.

3. La responsabilidad administrativa es la derivada de la inobservancia o violación de disposiciones legales o reglamentarias, que regulan las relaciones tanto de los particulares como de los funcionarios frente a la Administración, colocándose aquellos en una situación de sujeción general frente a ésta. La responsabilidad administrativa está regulada en forma expresa en la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y su declaratoria corresponde a la Contraloría General de la República.
4. La responsabilidad disciplinaria, por su parte, deriva de la especial sujeción de los funcionarios públicos con la Administración proveniente de la relación de empleo público. Esta responsabilidad está regulada en la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General, correspondiendo a los superiores jerárquicos de la Administración activa, la apreciación y declaratoria de esta responsabilidad, en sus respectivas esferas de competencia.
5. La declaratoria de responsabilidad administrativa corresponde a la Contraloría General de la República, quien para ello efectúa las llamadas averiguaciones administrativas. Estas averiguaciones pueden concluir en el "auto de responsabilidad administrativa", el cual, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público era meramente declarativo, pues, no imponía ninguna sanción. La ley en cuestión —por el contrario— establece que el auto de culpabilidad administrativa, además del requerimiento a la administración activa para que imponga al funcionario la sanción disciplinaria a que haya lugar, debe aplicar las sanciones pecuniarias que sean procedentes.
6. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público viene a regular coherente e integralmente la responsabilidad administrativa de los funcionarios, que hasta el momento de su promulgación, era defectuosa puesto que no preveía las consecuencias de esa responsabilidad. De allí, que la ley en referencia, además de establecer los supuestos que dan lugar a la declaratoria de esta responsabilidad, determine sus consecuencias, que bien pueden ser sanciones pecuniarias (pago de sumas de dinero), o privación de facultades o derechos (retención de sueldo).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

TRATADOS Y MANUALES

- BIELSA, RAFAEL: *Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª edición. Buenos Aires, 1938.
- BREWER-CARIÁS, ALLAN: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*. Facultad de Derecho, 1964.
- Instituciones Políticas y Constitucionales*. U.C.A.B., San Cristóbal, 1982.
- El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1971. *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos, Nº 16 Caracas, 1982.
- CALDERA, RAFAEL: *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Editorial El Ateneo, 2ª edición. Buenos Aires, 1960.
- CHIOSSONE, TULLIO: *Sanciones en Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1973.
- DE LAUBADÈRE, ANDRÈ: *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ª edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
- DE PEDRO, ANTONIO: *El Funcionario Público Venezolano*. Publicación de la Dirección de Malariología y Saneamiento Ambiental del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social. Caracas, 1972.
- ENTRENA CUESTA, RAFAEL: *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos, 5ª edición, 1976.
- ESTEVES LLAMOSAS, HÉCTOR: *Acotaciones a la Ley de Carrera Administrativa*. Ediciones de la Bolsa de Comercio de Caracas. Caracas, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Madrid, 1977.
- LARES-MARTÍNEZ, ELOY: *Manual de Derecho Administrativo*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1978.
- PIERRE TAPIA, OSCAR: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Marzo, 1975, Nº 3.
- QUINTANA, ARMIDA: *Ley de Carrera Administrativa*. Presidencia de la República. Oficina Central de Personal, 1980.
- RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981. *El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa*. Ediciones Magón. Caracas, 1974.
- SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 1953.

SILVA CIMMA, ENRIQUE: *La Función Pública. El régimen de Personal de la Contraloría General de la República*. Caracas, 1978.

ZANOBINI, GUIDO: *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I, Parte General. Editorial Arayú, Buenos Aires, 1954.

ARTICULOS

BREWER-CARÍAS, ALLAN: "Aspectos de la actividad contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 129, 1965, pp. 9 a 34.

"Comentarios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal", en *Revista de Derecho Público*, N° 2. Abril-Junio, 1980, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 179-183.

"Aspectos del Control Público sobre la Administración Pública", *Revista de Control Fiscal*, N° 101. Caracas, 1981, pp. 111-130.

"Estudios sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa emanados de la Contraloría General de la República", *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 37, Caracas, 1965, pp. 29-63.

"La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Estudios - Sistemática General e Índice Alfabético. Colección Textos Legislativos, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, pp. 11-77.

MEJÍAS, GILBERTO: "Algunos aspectos sobre la responsabilidad administrativa". *Revista de Control Fiscal*, N° 91, Contraloría General de la República, 1978, pp. 69-78.

RACHADELL, MANUEL: "Naturaleza y Efectos de la Declaratoria de Responsabilidad Administrativa", *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*. Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 141-190.

"Los recursos contra el auto de responsabilidad administrativa", en *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*. Estudios, Sistemática General e Índice Alfabético. Caracas, 1983, pp. 79-122.

SÁNCHEZ FALCÓN, ENRIQUE: "Contribución al estudio de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República", *Revista de Control Fiscal*, N° 77, Contraloría General de la República, 1975.

SILVA CIMMA, ENRIQUE: "El concepto de irregularidad administrativa", *Revista de Control Fiscal*, N° 90. Julio-Septiembre, 1978, pp. 63-76.

IV

ASPECTOS PENALES Y CRIMINOLOGICOS

LOS DELITOS CONTRA LA COSA PUBLICA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO *

ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ

SUMARIO

1. *LA NUEVA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO. ANTECEDENTES DE LA LEY. OBJETIVOS. SU ORIENTACION GENERAL EN MATERIA PENAL. DISPOSICIONES ANTICONSTITUCIONALES*

2. *LAS DISPOSICIONES DEROGADAS DEL CODIGO PENAL. LA NUEVA REGULACION DEL PECULADO, CONCUSION, CORRUPCION DE FUNCIONARIOS, ABUSO DE FUNCIONES Y SUPOSICION DE VALIMIENTO CON LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. LAS CERTIFICACIONES MEDICAS FALSAS Y LA OCULTACION, INUTILIZACION, ALTERACION, RETENCION O DESTRUCCION DE DOCUMENTOS*
A. El delito de peculado. B. Concusión. C. La corrupción de funcionarios. D. El abuso de funciones y su nueva tipificación. E. El lucro de funcionarios y su nueva tipificación como obtención ilegal de utilidad en actos de la Administración Pública. F. La suposición de valimiento con los funcionarios públicos. La sanción a la víctima. G. Otras disposiciones del Código Penal modificadas; las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos.

3. *REFERENCIA GENERAL A LOS NUEVOS DELITOS*

4. *OTROS ASPECTOS PENALES DE LA LEY DE SALVAGUARDA. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EL REGIMEN DE PENAS, CONCURSO DE DELITOS, PRESCRIPCION. EXCLUSION DE LOS BENEFICIOS*

A. El principio de culpabilidad. Dolo y culpa. Casos de responsabilidad objetiva. B. El régimen de penas de la nueva ley. No procedencia de la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, ni suspensión condicional de la pena. C. Concurso de delitos. Prescripción.

* Este trabajo fue publicado en la edición de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 2, Caracas, 1983, pp. 125 a 144.

1. LA NUEVA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO. ANTECEDENTES DE LA LEY. OBJETIVOS. SU ORIENTACION GENERAL EN MATERIA PENAL. DISPOSICIONES ANTICONSTITUCIONALES

La Nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.077 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 1982 y vigente a partir del 1° de abril de 1983, nos permite la oportunidad de formular diversas observaciones desde la perspectiva del Derecho Penal.

Este nuevo instrumento legal persigue el objetivo de contribuir a la lucha contra la corrupción administrativa, flagelo que ha causado grandes estragos en nuestro sistema republicano y que amenaza seriamente la estabilidad de la democracia, de manera tal que se impone la más efectiva reacción del Estado, con sus más severos y extremos recursos, entre los que se cuenta la amenaza de la pena, que encuentra precisamente su plena justificación ante hechos graves que lesionan el equilibrio ético de la sociedad o ante hechos que se resisten a otras sanciones que se muestran como francamente insuficientes o inútiles.

La gravedad y extensión de la corrupción administrativa y los grandes escándalos con el trasfondo de la seria lesión al patrimonio público, hicieron generalizado el clamor de una reforma legal que proporcionara a las autoridades competentes un punto de apoyo más firme, enérgico y eficaz para enfrentar tan grave problema.

Tal ha sido la *ratio* de la novísima ley, cuyo proceso de elaboración ha sido lento y prolongado, con etapas de paralización y sin oposición expresa. Ha habido coincidencia en la necesidad de la represión más enérgica de la corrupción administrativa; y, en definitiva, en la sucesiva revisión del texto sometido a discusión, fue cediendo de alguna manera la posición extrema de excesiva rigidez y autoritarismo de los proyectos originales, que dejaban traslucir un pernicioso y exagerado sentimiento de desconfianza hacia todo funcionario público, y se fue imponiendo una línea de mayor equilibrio, que está presente en el texto promulgado, notablemente mejorado a raíz de

las observaciones que formulara el Presidente de la República al solicitar la reconsideración de la ley aprobada por el Congreso. Prueba de lo afirmado, a título de ejemplo, y ello resulta del estudio de los materiales que precedieron la nueva ley, es la eliminación de la presunción de voluntariedad de la acción u omisión que figuraba en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados y que podía interpretarse como una presunción de dolo¹ y la diversa calificación de algunos hechos que la ley aprobada por el Congreso consideraba como delitos y que correctamente, a raíz de la reconsideración solicitada por el Presidente, pasaron a la categoría de ilícitos administrativos, como los casos de la adquisición o utilización de maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las necesidades del organismo, las erogaciones excesivas de escritorio y papelería, o la realización de gastos suntuarios (Art. 77 del Proyecto aprobado en Diputados).

Sin embargo, a pesar de las modificaciones hechas al texto de la ley, subsisten algunas de las exageraciones de los proyectos originales, con lo cual, si bien considero que se trata de un instrumento legal conveniente y necesario, en mi opinión, en materia penal, en algunos aspectos, contiene disposiciones de exagerada severidad, deja traslucir tendencias objetivistas que chocan con el principio de culpabilidad, contiene tipos abiertos que se oponen al principio de legalidad, sobrelora el criterio del daño económico, y en alguna medida consagra un fuero especial para los infractores de la ley, lo que podría favorecer un tratamiento privilegiado en relación a los restantes representantes del submundo delictivo.

En particular, considero debe llamarse la atención sobre algunas disposiciones del texto vigente que chocan con principios básicos del orden constitucional y penal venezolanos. En primer lugar, se hace necesario recalcar el total rechazo a la disposición contenida en el artículo 46 de la nueva Ley que consagra la inversión de la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito, aplicable asimismo al nuevo delito con el mismo nombre consagrado en el Art. 65. Tal previsión es contraria al principio de inocencia a favor del imputado, por el cual "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", establecido en el Art. 8, numeral 2 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y como lo ha afirmado el doctor Chiossone en informe sobre el proyecto de Ley de Salvaguarda:

1. "La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario" (Art. 4 del Proyecto aprobado en Diputados).

“la inversión de la carga de la prueba es un sistema indigno del Estado de Derecho...”. Ciertamente considero que en un Estado democrático no puede establecerse un principio que lesiona un interés fundamental de la persona humana como es su libertad, precisamente en juego en el proceso penal, que debe otorgar las máximas garantías al inculpado. La naturaleza del proceso penal, determinado por un interés público, impone al Estado la obligación de indagar la verdad y no puede descargarse tal responsabilidad en el inculpado que debe tenerse como inocente, y que, como lo anota Vélez Mariconde, goza de una situación jurídica que no requiere ser construida sino destruida, no teniendo el deber de probar nada aunque tenga el derecho de hacerlo. Por todo esto opino que tal inversión de la carga de la prueba en materia penal es contraria a la garantía de la inviolabilidad de la libertad consagrada en el artículo 60 de la Constitución, siendo así que a pesar de que no se enuncie expresamente el principio de inocencia, sin embargo este principio está implícito en el enunciado de consecuencias de la inviolabilidad de la libertad y seguridad personales que hace la Constitución en el artículo antes citado. Por otra parte queda, a mi juicio, sin explicación, lo que expone la Comisión Bicameral en su informe presentado a raíz de la reconsideración de la Ley solicitada por el Presidente de la República en relación al texto legal definitivo, en el que se señala que “en particular, y en virtud del contenido del artículo 8, numeral 2 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, la Comisión modificó la redacción del artículo 44 relativo al tipo de enriquecimiento ilícito, lo cual incidió también en el artículo 62 (*hoy 66*), cuya modificación había sido solicitada por el Presidente de la República”. Y señalo que queda sin explicación, ya que no parece tener sentido la referencia a la modificación del texto en materia de enriquecimiento ilícito en virtud del principio de inocencia, si se ha mantenido la inversión de la carga de la prueba, tal como se consagra en el artículo 46 de la Ley de Salvaguarda.

Asimismo, es obligada la referencia al caso del Art. 37 de la nueva ley que establece que “ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebido de los fondos u otros bienes de que sea responsable, *salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida*” (subrayado del autor). Esta excepción, como ya lo observamos durante el período de formación de la ley, no cabe dentro de nuestro ordenamiento y choca con lo estipulado en el artículo 16 de la Constitución, según el cual no sirven de excusa a los funcionarios “órdenes superiores manifiestamente contra-

rias a la Constitución y a las leyes”, imponiéndose por tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, del funcionario y asimismo de quien dio la orden. No puede, por tanto excusar al funcionario la comprobación “de haber señalado por escrito la ilegalidad de la orden”. No hay en Venezuela obediencia ciega, ni debe, en ningún caso, por ello, un subalterno obedecer una orden manifiestamente contraria a la Constitución y a las leyes. A lo más, podrá eximirse de responsabilidad al subalterno que obedece cuando hay un supuesto de error o de no exigibilidad de otra conducta por Estado de Necesidad.

De la misma manera, considero que hay tipos que de alguna forma chocan con el principio de legalidad por su absoluta imprecisión generadora de inseguridad para la ciudadanía como es el caso, para citar un solo ejemplo, del delito contemplado en el artículo 64 de la nueva ley, que hace referencia a lo que antes se denominaba lucro de funcionarios y que ya no es tal por extenderse a cualquier persona, y que se define con una fórmula tan amplia y ambigua como la siguiente: “Fuera de los casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cuarenta por ciento de la utilidad procurada”.

Formuladas estas consideraciones generales, pasemos ahora al análisis de algunos aspectos penales más concretos.

2. LAS DISPOSICIONES DEROGADAS DEL CODIGO PENAL. LA NUEVA REGULACION DEL PECULADO, CONCUSION, CORRUPCION DE FUNCIONARIOS, ABUSO DE FUNCIONES Y SUPOSICION DE VALIMIENTO CON LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. LAS CERTIFICACIONES MEDICAS FALSAS Y LA OCULTACION, INUTILIZACION, ALTERACION, RETENCION O DESTRUCCION DE DOCUMENTOS

La nueva ley deroga en forma expresa las disposiciones del Código Penal venezolano contenidas en los artículos 195 (*Peculado*), 196, 197 (*Concusión*), 198, 199, 200, 201, 202 y 203 (*Corrupción de funcionarios*), 204 (*Abuso genérico de funciones y excitación a la desobediencia de las leyes o las medidas tomadas por la autoridad*), 205 (*lucro de funcionarios*), y 233 (*suposición de valimiento con los funcionarios públicos*); así como la disposición común del Art. 236 sobre la noción de funcionario público, todas normas del Título III del Código Penal, Libro II, que trata de los Delitos contra la Cosa Pública; y también, el Ord. 5º del Art. 466 *eiusdem*. Pero además, aunque no lo mencione

expresamente, deroga las disposiciones contenidas en los artículos 231 y 331 *eiusdem*.

Además de la derogatoria de estas disposiciones, la Ley de Salvaguarda introduce nuevos delitos que tratan de abarcar las más diversas formas de atentar contra el patrimonio público.

Nos referiremos ahora fundamentalmente a la nueva reformulación de los viejos tipos delictivos.

A. *El delito de peculado*

El delito de peculado se nos presenta ahora bajo nuevas formas y dentro de un régimen que ha introducido modificaciones sustanciales en relación a la legislación derogada. De una parte, se ha modificado la estructura del tipo básico tradicional, se añaden las figuras del peculado impropio, del peculado culposo y del peculado de uso; y se elimina el subtipo privilegiado denominado "peculado menor" o "peculadito".

En primer lugar, el peculado doloso propio, se define ahora en forma más lógica como el hecho *del funcionario que se apropia o distrae, en provecho propio o de otro, bienes del patrimonio público o en poder de algún organismo público, cuya recaudación, administración o custodia tenga por razón de sus funciones* (Art. 58). De esta manera, las innovaciones fundamentales consisten en la sustitución de la inapropiada expresión de la "sustracción" del Código Penal, definitiva del hurto, por la más adecuada de la "apropiación", que corresponde a la naturaleza jurídica de apropiación indebida del peculado, que supone la inversión del título por el que se posee, con el añadido de la "distracción" o cambio de destinación del bien, de un fin público a un fin que redunde en provecho privado, del mismo funcionario o de un tercero, excluido otro destino público o de la Administración Pública, lo que ya no constituye peculado, sino el nuevo delito específico de *malversación* contemplado en el artículo 60 de la nueva ley, que, sin embargo podría inducir a error por la redacción confusa del tipo de dar "a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada, *aun en beneficio público...*", lo que debe entenderse en el sentido de que la simple aplicación pública diferente constituye delito de malversación, aunque pueda redundar en beneficio de la Administración Pública.

Además, en el delito de peculado, en su nueva formulación, se sustituye la fórmula vieja referida al objeto material del delito de "los dineros u otros objetos muebles" por "los bienes del patrimonio pú-

blico o en poder de algún organismo público”, expresión amplia, comprensiva en cualquier bien, por lo que asimismo cabría plantear el problema de los bienes inmuebles. Pero debe señalarse en relación a éstos, que lo que puede darse es la inversión de su uso de modo que se produzca, como dice Manzini, la apropiación o la distracción de los frutos del inmueble.

Ahora bien, a pesar de que la nueva ley no abandonó la exigencia de que los bienes objeto del peculado deben haber sido confiados o tener una relación con las funciones del sujeto activo, a quien debe corresponder la recaudación, administración o custodia de tales bienes, ha previsto, en el mismo artículo 58, la posibilidad de que el funcionario no tenga en su poder directa o materialmente los bienes, pero pueda disponer de ellos por su condición de funcionario público, hipótesis que puede denominarse, como lo hace el Proyecto Sosa-Tamayo, como *peculado doloso impropio*. En este caso, considero que la interpretación correcta, a pesar de la imprecisión de la fórmula adoptada, es la de que la voluntad de ley ha sido la de asimilar al peculado en sentido estricto la situación de quien se apropia o distrae los bienes antes enumerados aunque no los tenga materialmente en su poder, pero de los que pueda disponer en razón de una posibilidad de hecho o legal que permita la apropiación o distracción. Tal es el caso de algunos altos funcionarios públicos que, aunque no tengan materialmente en su poder los bienes, pueden disponer de ellos, bien sea por una situación de hecho o en razón de facultades legales, y, en tal virtud, se los apropian o distraen.

Por otra parte, la Ley de Salvaguarda consagra las nuevas figuras del *peculado culposo* (Art. 59) y del *peculado de uso* (Art. 71, numeral 5). El primero consiste en el hecho del funcionario público que “por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, diere ocasión a que otra persona se apropie o distraiga los bienes indicados en el artículo que precede...”. Se trata de una innovación en nuestro sistema penal y de acuerdo a tal disposición se sanciona ahora, no toda conducta culposa del funcionario que ocasione un daño a la Administración, sino, en forma específica, la conducta culposa que sirve de ocasión para que otro sujeto, dolosamente cometa el delito de peculado descrito en el Art. 58 de la ley. Se trata así, prácticamente, de la consagración legislativa de la *participación culposa en un hecho doloso*, figura que choca doctrinariamente con las reglas generales de la participación.

Y por lo que respecta al *peculado de uso*, éste se consagra en el ya citado Art. 71, numeral 5, donde se expresa: Serán penados “con prisión

de uno a cinco años al funcionario público o a cualquier persona que utilice en obras o servicios de índole particular, para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales que por cualquier título estén afectados o destinados a un organismo público". Se trata, sin duda, de una novedad en materia de delitos contra la Cosa Pública.

De acuerdo con este tipo delictivo se sanciona penalmente, lo que no sucede en la mayoría de las legislaciones extranjeras, no ya la inversión del título por el cual se posee como en el peculado, sino el simple uso momentáneo de fuerza de trabajo o de bienes públicos en beneficio particular y contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Ahora bien, aparte de lo amplio del tipo, que traerá no pocas dificultades en su aplicación, se extiende la condición de sujeto activo del delito a "cualquier persona", además del funcionario público. ¿Cómo entender tal previsión? Para no desvirtuar el funcionamiento de los diversos tipos delictivos y, en particular, para no desnaturalizar el delito de peculado, del que constituye esta hipótesis un subtipo, creo que lo lógico es entender que sólo pueden cometer este delito además de los funcionarios públicos, aquellos particulares que tengan de hecho a su cargo trabajadores o bienes públicos. Además, cuando el funcionario público permite que un particular use los bienes públicos en el sentido expresado, responderían ambos por este mismo delito a título de coautores.

En materia de peculado, finalmente, la nueva ley elimina completamente la atenuación que contemplaba la norma derogada del artículo 195 del Código Penal, conocida con el nombre de "peculado menor" o "peculadito". Considero que si bien era conveniente la eliminación de la mención al perjuicio leve como atenuante, lo que daba lugar a abusos interpretativos de comparación de la cantidad apropiada con la cantidad global de la asignación presupuestaria, no parecía indicado eliminar la atenuación cuando el perjuicio resulta enteramente reparado, tal como se encontraba previsto en el Proyecto Sosa-Tamayo.

B. *Concusión*

En el artículo 62 de la Ley de Salvaguarda se consagra el delito de concusión, con el señalamiento de que incurre en él: "el funcionario que, abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cual-

quier otra ganancia o dádiva indebidas, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la cosa dada o prometida”.

No hay modificación de fondo en la tipificación del delito de concusión, unificándose tan sólo en una sola disposición las figuras que algunos han denominado de la *concusión positiva violenta* y de la *concusión positiva fraudulenta*, o mejor, de la concusión *explícita e implícita* que figuraban en los artículos 196 y 197 del Código Penal; y eliminándose la figura atenuada de la *concusión negativa* (recepción de lo no debido aprovechándose del error ajeno) y la atenuación por el escaso valor de lo dado o prometido (Art. 197 del Código Penal).

Este delito, como es sabido, se constituye básicamente por la conducta del funcionario público explícita o implícitamente, abusando de sus funciones, por medio de violencias o amenazas o de alguna otra manera, en virtud del temor que es capaz de infundir su condición de funcionario público, esto es, en razón del *metus publicae potestatis* determina la promesa o entrega de una suma indebida.

C. *La corrupción de funcionarios*

En materia de corrupción de funcionarios la Ley de Salvaguarda, al igual que las normas derogadas del Código Penal (Arts. 198 a 203 inclusive), consagra las clásicas figuras de la *corrupción impropia* y la *propia*, según el hecho de corrupción tenga por objeto un acto funcional o legal, o se trate de omitir o retardar un acto funcional o de realizar un acto contrario a los deberes del cargo. Y en la descripción de cada hecho, por otra parte, con mejor técnica que el Código, en el mismo dispositivo legal, para recalcar, a mi juicio, que se trata de un delito único en el que se requiere la concurrencia de dos sujetos, se hace referencia a lo que algunos han denominado corrupción pasiva y activa, según se vea el delito desde la perspectiva del funcionario (*intraneus*) que se deja corromper o desde la perspectiva del que corrompe (*extraneus*). De esta manera, pues, en el Art. 65, se define la *corrupción impropia* como el hecho de “cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba para sí mismo o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se deban, o cuya promesa acepte” y se le asigna una pena de prisión de uno a cuatro años y multa del cincuenta por ciento de lo recibido o prometido; y “con la misma pena será castigado quien diere o prometiére el dinero, retribuciones u otra utilidad...”. Y en el artículo 67 se hace referencia a otra forma de corrupción, al señalarse: “cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto

de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio recibido o prometido". A continuación, en el mismo artículo se establecen agravaciones, si la conducta ha tenido determinados efectos, como conferir empleos públicos o subsidios, etc., y asimismo, para el caso de *corrupción judicial*, si de ello resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad que exceda de seis meses. Y finalmente, en el mismo dispositivo se señala que "con las mismas penas, y en sus casos, será castigado quien diere o prometiére el dinero u otra utilidad indicados...". Ahora bien, cabe observar que el legislador, creemos inadvertidamente, al describir este tipo delictivo que en su esencia corresponde a la corrupción propia, incluyó la mención por "*hacer... algún acto de sus funciones...*", lo que corresponde a la corrupción impropia y que está comprendido en el artículo 65, con lo cual incurre en una inútil repetición a este respecto.

En materia del delito de corrupción debe notarse asimismo que la Ley de Salvaguarda derogó expresamente el artículo 200 del Código Penal en el que se sancionaba la instigación a la corrupción o el empeño en persuadir o inducir a algún funcionario público a la comisión de un acto de corrupción, sin conseguir tal objeto. Ahora bien, derogada esta disposición, no cabe la posibilidad de sancionar tal conducta como tentativa de corrupción, ya que este delito exige la concurrencia de dos voluntades, no siendo suficiente la actividad ejecutiva de un solo sujeto.

D. *El abuso de funciones y su nueva tipificación*

El artículo 69 de la Ley de Salvaguarda derogó también el Art. 204 del Código Penal que consagraba el denominado *abuso genérico de funciones*, y de paso, también, la *excitación a la desobediencia de las leyes por parte del funcionario público*, contenido en el único aparte del mismo artículo del Código Penal. Pero, en este caso, el nuevo artículo 69, no se limitó a perfeccionar el tipo básico y modificar su penalidad sino que, inexplicablemente, a mi juicio, alteró completamente el sentido de la anterior disposición borrando del mapa penal venezolano el abuso "genérico" de funciones, para consagrar un nuevo hecho punible por el que se sanciona, no el hecho del "funcionario público que abusando de sus funciones, ordene o ejecute en daño de alguna persona cualquier acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por

una disposición de la ley" (artículo 204 del Código Penal, derogado) sino, específicamente, el hecho del funcionario que, *con la finalidad de obtener algún provecho o utilidad*, ordene o ejecute en daño de alguna persona un acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de ley (Art. 69 de la Ley). Ahora bien, el añadido de esta finalidad o de este elemento subjetivo, impide que de ahora en lo adelante pueda sancionarse penalmente al funcionario que ejecuta un acto arbitrario en daño de otra persona y ello lo hace, no por un fin de lucro, sino como sucede en tantos casos, por otras motivaciones como la soberbia, la retaliación política o el odio. En definitiva, en los otros delitos contra la Cosa Pública hay una finalidad económica, de provecho; pero en éste, que ha debido mantenerse, no se da tal finalidad, sino que se protege al particular frente al abuso tan frecuente de la autoridad por otros fines. Por lo demás, debe señalarse que tal añadido se hizo, a raíz de la reconsideración solicitada por el Presidente de la República, aunque tal punto no fue objeto de señalamiento crítico alguno, ni la mencionada norma tenía relación alguna de conexidad con otras disposiciones modificadas.

E. *El lucro de funcionarios y su nueva tipificación como obtención ilegal de utilidad en actos de la Administración Pública*

El delito denominado de lucro de funcionarios que figuraba en el artículo 205 del Código Penal ha quedado también derogado por la nueva Ley de Salvaguarda, la que, además de algunos nuevos delitos que, en definitiva, se resuelven en casos específicos de lucro de funcionarios (Art. 63, por ejemplo o, en alguna medida, algunos supuestos de los Arts. 70 y 71 de la Ley), consagra un nuevo tipo sumamente amplio y de naturaleza subsidiaria, por el cual, "fuera de aquellos casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la Administración Pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la utilidad procurada" (Art. 64 de la Ley).

Este nuevo delito, prácticamente, hace posible la sanción penal por la obtención ilegal de cualquier utilidad en razón de algún acto de la Administración, con la característica que puede ser cometido el hecho por "*cualquier persona*", por lo que no puede ya hablarse de lucro de funcionarios.

Por lo demás, el exceso de la disposición nueva, se ve restringido paradójicamente por la expresión "ilegalmente" que no era requerido

por el tipo sustituido y que hacía posible la existencia del delito por el simple hecho del interés privado en los actos de la Administración, aunque el acto fuese legítimo.

F. *La suposición de valimiento con los funcionarios públicos.
La sanción a la víctima*

El delito contemplado en el artículo 233 del Código Penal denominado también de *venta de humo*, subtipo de estafa, de suyo agravada, por implicar además una ofensa a la Administración Pública, pero que el Código privilegiaba con una pena de prisión de seis a treinta meses, ha quedado reivindicado como hecho más grave que el tipo básico de estafa por la nueva ley, que señala, en el artículo 77, que "la persona que alardeando de valimiento o de relaciones de importancia con cualquier funcionario público reciba o se haga prometer, para sí o para otro, dinero o cualquier otra utilidad, bien como estímulo o recompensa de su mediación, bien so pretexto de remunerar el logro de favores, será penado con prisión de dos a siete años". Por otra parte, la nueva disposición ofrece la absoluta novedad en nuestro sistema de sancionar asimismo penalmente a la víctima o sujeto engañado, sin duda, por su mala fe, la cual no excluye, como es lógico, el delito principal. Y de esta manera, en la misma disposición se señala que será sancionado con "prisión de seis meses a dos años a quien dé o prometa el dinero o cualquier otra utilidad de las que se indican en este artículo...". Sin embargo, se prevé una especial causa de extinción de la responsabilidad penal para la víctima cuando "haya denunciado el hecho ante la autoridad competente, antes de la iniciación del correspondiente proceso judicial".

Cabe asimismo señalar que, con evidente lógica, ante la constatación del legislador de que este tipo de delito abarca el supuesto contemplado por el vigente artículo 466, Ord. 5º del Código Penal, la nueva ley derogó expresamente este ordinal en el artículo 109, quedando así eliminado el superfluo inciso.²

G. *Otras disposiciones del Código Penal modificadas: las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos*

A pesar de que la nueva ley no hace referencia expresa a la derogatoria de otros artículos del Código Penal, fuera de los indicados antes,

2. Esta observación la había formulado en mi trabajo, *La Estafa y otros Fraudes en la Legislación Penal Venezolana*, en 1971.

las nuevas disposiciones de la Ley de Salvaguarda derogan implícitamente otras normas del Código Penal. Entre éstas, cabe hacer referencia al caso de las certificaciones médicas falsas, contemplado en el artículo 331 del Código Penal, que queda ahora derogado por el nuevo artículo 74 de la Ley de Salvaguarda que establece: "El médico o cualquier otro profesional de la salud que expida una certificación falsa, destinada a dar fe ante la autoridad o ante particulares, de enfermedades de personas amparadas por el Seguro Social Obligatorio, o extienda certificado de reposo o de hospitalización en clínica, instituto hospitalario o local *ad hoc* a persona sana, será penado con prisión de seis meses a dos años". Y añade: "Con la misma pena se castigará a quien forjare tales certificaciones o altere alguna regularmente expedida; a quien hiciere uso de ella, o a quien diere o prometiére dinero u otra recompensa para obtenerlas". Y finaliza el artículo señalando que: "Si el hecho se cometiere mediante recompensa para sí o para otro, la pena se aumentará en una tercera parte".

Asimismo otro artículo del Código Penal, el 231, ha quedado sustituido, al menos en su tipificación básica, por el artículo 76 de la Ley de Salvaguarda que señala: "El funcionario público o cualquier persona que maliciosamente ocultare, inutilizare, alterare, retuviere o destruyere total o parcialmente, un libro o cualquier otro documento que curse ante cualquier organismo público, será penado con prisión de tres a siete años".

En relación a este último dispositivo debe señalarse que, a diferencia del Código Penal, la Ley de Salvaguarda no contempla en la acción delictiva la referencia a la sustracción, perteneciente sin duda a otro tipo delictivo, aunque menciona la retención; suprimió del objeto material la mención de los instrumentos o efectos del hecho punible; y no incluyó los apartes correspondientes del Código en materia de agravación, cuando el culpable fuere el funcionario que tenía los efectos o documentos bajo su custodia en razón de sus funciones, ni la atenuación por lo leve del perjuicio o por la restitución antes de toda diligencia procesal.

Por otra parte, el nuevo texto legal incluyó en el tipo básico la expresión "maliciosamente".

Considero que no ha sido afortunada la nueva redacción que deja un vacío en la estructura del nuevo hecho punible, sobre todo en lo referente al objeto material. Por otra parte, en mi opinión, no habiendo una derogatoria expresa del artículo 231 del Código Penal, bien pueden considerarse subsistentes los dos apartes que no fueron afectados por la

nueva Ley. Finalmente, debe quedar en claro, como lo ha asentado la doctrina, casi unánimemente, que la expresión "maliciosamente" no añade en este caso nada al tipo, recalcando tan sólo el carácter doloso del hecho, lo que, por lo demás, siempre queda sobreentendido en nuestro sistema penal. Simplemente, queda excluida la responsabilidad a título culposo.

3. REFERENCIA GENERAL A LOS NUEVOS DELITOS

Sin entrar ahora en la consideración en detalle de las disposiciones de la nueva Ley que crean nuevas figuras delictivas, sólo queremos destacar la importancia de la Ley de Salvaguarda al considerar como delitos hechos que hasta ahora no quedaban sujetos a la represión penal. Sin embargo, debe señalarse que no todas las figuras o supuestos delictivos que aparecen como nuevos son tales, ya que muchos de ellos bien pueden quedar enmarcados en otros tipos penales, como en los ya analizados, de los que constituyen simples ejemplificaciones que el legislador ha querido resaltar, en algunos casos, por las dudas sobre su tipificación, o en otros, por su incidencia o por su triste notoriedad en la historia de la corrupción en Venezuela.

Entre los nuevos tipos cabe señalar que la Ley de Salvaguarda ha convertido en delito, lo que no aparece del todo claro, considerando algunos que sólo debería ameritar sanciones administrativas o disciplinarias, el hecho que se conoce entre nosotros como *malversación*, por el cual se sanciona con prisión de seis meses a tres años a los funcionarios que dieran a los fondos o rentas a su cargo una aplicación (pública) diferente a la presupuestada o destinada, "aun en beneficio público" (Art. 60);

El "enriquecimiento ilícito", por el cual se sanciona con prisión de tres a diez años al funcionario público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación se encuentre, sin poder justificarlo, en posesión de bienes, por sí o por interpuesta persona, que sobrepasen notoriamente sus posibilidades económicas (Art. 66);³

Las erogaciones o compromisos que excedan ilegalmente las disponibilidades presupuestarias (Art. 61);

La utilización con fines de lucro de datos reservados obtenidos por razón del cargo (Art. 63);

3. Sobre este tema, Vid. Arteaga Sánchez, Alberto: *El Enriquecimiento Ilícito en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, en Ponencias presentadas a las IX Jornadas "Dr. José María Domínguez Escovar", Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto, enero de 1983, pp. 175-485.

Las exacciones ilegales o cobro indebido de impuestos (Art. 68);
El acuerdo o concierto del funcionario público con los interesados en la celebración de contratos, concesiones, licitaciones o liquidaciones (Art. 70);
Las ventajas o ganancias en negociaciones de bienes o servicios por pago de precios superiores o inferiores al valor real o corriente en el mercado (Art. 71, numeral 1);
El aprovechamiento o distracción de los representantes sobre dinero o valores concedidos a sus representados por organismos públicos por concepto de crédito, aval u otra forma de contratación (Art. 71, numeral 2);
Las declaraciones falsas sobre ejecución de obras o suministros públicos (Art. 71, numeral 3);
La desincorporación ilegal de bienes públicos (Art. 71, numeral 4);
El cobro o pago de utilidades ficticias o que no deban distribuirse (Art. 71, numeral 6);
El tráfico de influencias (Art. 72);
La falsedad en la declaración jurada de patrimonio (Art. 73);
La expedición indebida de documentos y certificaciones (Art. 75);
La obtención de beneficios económicos con ocasión de faltas administrativas (Art. 78, numeral 1);
Las órdenes de pagos por obras o servicios no realizados o defectuosamente ejecutados (Art. 78, numeral 2);
La certificación de terminación de obras o servicios inexistentes o en calidad o cantidad inferior a la contratada (Art. 78, numeral 3);
La apertura y manejo irregular de cuentas bancarias con fondos públicos (Art. 79), y
La calumnia específica por la presunta comisión de los hechos punibles contemplados en la Ley de Salvaguarda (Art. 80).

4. OTROS ASPECTOS PENALES DE LA LEY DE SALVAGUARDA. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. EL REGIMEN DE PENAS, CONCURSO DE DELITOS, PRESCRIPCIÓN. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS

A. *El principio de culpabilidad. Dolo y culpa.*
Casos de responsabilidad objetiva

En materia de culpabilidad no hay normas expresas en la Ley de Salvaguarda, aplicándose por tanto los principios generales que regulan

esta materia. Acertadamente, como ya lo notamos, el legislador eliminó la disposición que figuraba en los Proyectos y que podía haberse interpretado como una presunción de dolo, la cual rezaba: "la acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario" (Art. 4 del Proyecto aprobado en Diputados). Rige por tanto la regla general de la responsabilidad a título de dolo, que no se presume, y ello, aunque no exista referencia alguna al elemento intencional. Sin embargo, innecesariamente, para recalcar el carácter doloso de algunos hechos, se hace referencia a expresiones tales como "maliciosamente". Y, asimismo, en forma expresa, como debe ser, ya que la responsabilidad por culpa es excepcional y nosotros seguimos el sistema del *numerus clausus*, se describen algunos supuestos de delitos culposos, entre los que se cuenta el peculado culposo (Art. 59).

Algunos casos, sin embargo, reflejan la adopción, contraria al principio de culpabilidad, de una criticable responsabilidad objetiva. Tal podría parecer el supuesto del Art. 60, en el delito de *malversación*, en el que se aumenta la pena si "como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público". Y en el mismo sentido, no puede menos que llamar la atención el nuevo tipo penal del Art. 78, numeral 1, que hace referencia a la obtención de ventaja, utilidad o beneficio económico con ocasión de las faltas administrativas previstas en el Art. 41, donde, a lo menos, pueden surgir dudas sobre el elemento culpabilista que, en mi opinión, deben resolverse sobre la base de afirmar la necesidad de que tal efecto quede abarcado por la voluntad del sujeto.

B. *El régimen de penas de la nueva ley. No procedencia de la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, ni suspensión condicional de la pena*

En general podemos afirmar que el sistema de penas de la Ley de Salvaguarda pone en evidencia la rigidez y severidad del nuevo sistema para la represión penal de la corrupción administrativa que se instaura con el nuevo instrumento legal. La pena básica para todos los delitos es la "prisión" a la que se añade en muchos casos la pena de *multa*, siendo sin duda elevado el número de años que se impone de restricción de la libertad individual, sin que, por lo demás, sean procedentes los beneficios de la libertad bajo fianza o de sometimiento a juicio, durante el proceso, ni la suspensión condicional de la pena, como sustitutivo penal, ni la anticipación de la libertad definitiva, por el sistema consagrado en

la Ley de Régimen Penitenciario, de la libertad condicional (Art. 103 de la Ley de Salvaguarda).

Por otra parte, se establece, como innovación en esta materia, la pena accesoria a la prisión de la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicos, una vez cesada la condena, y por un tiempo igual al de ésta (Art. 104).

Sin embargo, resulta paradójico constatar que a pesar de tal severidad que parece justificada, sobre todo tomando en cuenta la naturaleza de estos delitos y el perfil de sus autores, en materia de penalidades, la consagración de un solo tipo de pena restrictiva de la libertad, como lo es la prisión, al insertarse en el sistema vigente de penas en el que se consagra el presidio para los hechos más graves, se produce la incongruencia de que un delito como el peculado que antes tenía asignada la pena de presidio, ahora tiene la de prisión, y que otros hechos graves también tienen la misma pena, que no se corresponde con los demás delitos consagrados en el Código Penal. Y como bien lo sabemos, subsisten las diferencias entre el presidio y la prisión, sobre todo en materia de penas accesorias y cómputo de la detención preventiva, y en otros efectos no penales, como la causal de divorcio referida al presidio.

En materia de penas asimismo ha previsto la Ley de Salvaguarda, en el Art. 106, la posibilidad de conversión de la pena de multa, cuando no pudiere ser satisfecha, en prisión, a razón de un día por cada mil bolívares, y ello, sin la limitación del Código Penal que prescribe que la prisión por conversión de multa no podrá exceder de seis meses (Art. 51 del Código Penal).

Considero, por lo demás, que resulta adecuada la eliminación de los beneficios antes señalados, sobre todo, en el plano teórico, del sometimiento a juicio y de la suspensión condicional de la pena, que suponen en sí un tipo de delincuentes de quienes no cabe esperar, en un régimen de prueba, la conformidad con las exigencias de la justicia o la enmienda de su conducta. Ante los hechos de corrupción administrativa parece puede ser efectiva la más seria amenaza de la privación de un bien como la libertad, sin que exista la perspectiva de regímenes sustitutivos.

C. Concurso de delitos. Prescripción

Finalmente cabe hacer referencia dentro de la temática general del Derecho Penal a las disposiciones de la Ley de Salvaguarda en materia de concurso de delitos y de prescripción.

Por lo que respecta al concurso de delitos, en el artículo 105 de la Ley se señala que "al culpable de dos o más delitos, sea que merezcan pena de prisión o de prisión y multa, sea que los hubiere cometido con una o varias acciones, se le aplicará la pena mayor y acumulativamente la mitad del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros delitos". En relación a esta disposición, cabe señalar que si bien podría parecer conveniente regular específicamente el problema del concurso de delitos, unificando el criterio de aplicación de la pena, que ahora resulta el mismo para el concurso real y para el concurso ideal de delitos contra la Cosa Pública, no entendemos por qué el legislador tenía que entrar en consideraciones teóricas innecesarias y sustituir, para este caso, la fórmula de la unidad o pluralidad de hechos por el errado criterio de la unidad o pluralidad de acciones. Por otra parte, debe advertirse que la nueva Ley, en relación a la penalidad, en estos casos, adopta el principio de la *acumulación jurídica*, estableciendo que se aplicará, en caso de concurso, la pena mayor, que puede ser de prisión o de prisión y multa, y además, la mitad del "tiempo" correspondiente a la pena del otro u otros delitos, lo que parece estar referido sólo a otras penas privativas de libertad.

Y en cuanto a la *prescripción*, en materia penal, sólo se refiere la Ley de Salvaguarda a la prescripción de la acción penal, para la cual, en todos los delitos contemplados en la Ley especial, fija un lapso de *cinco años*, lo que evita toda discusión sobre el término medio o máximo. Por otra parte, acertadamente y, para evitar la impunidad de muchos hechos, si bien prescribe que el cómputo se hace a partir del momento que señala el Código Penal, establece que "cuando el infractor fuere un funcionario público la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función, y si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiere cesado o haya sido aianada" (Art. 102).

Por supuesto debe entenderse que los otros aspectos de la prescripción (inclusive la denominada *prescripción judicial* que ha debido quedar derogada), así como también otros problemas penales no regulados por esta Ley, como los supuestos de tentativa o frustración o las diversas hipótesis de participación, quedan regulados sobre la base de los principios generales consagrados en el Código Penal venezolano.

Con este breve recuento hemos querido suministrar una visión de conjunto sobre el tratamiento de la materia penal en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Muchos temas apenas apuntados

deberán ser objeto de estudios detallados posteriores. Queda ahora en manos de los Tribunales la aplicación de la nueva ley, de manera tal que se restablezca en Venezuela la confianza perdida en la posibilidad de sancionar adecuada y oportunamente los hechos que al lesionar el patrimonio público y poner de manifiesto la "corrupción administrativa", constituyen un serio atentado contra las bases éticas de nuestra sociedad.

ASPECTOS CRIMINOLOGICOS EN LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

TOSCA HERNÁNDEZ

A pesar de que los comentaristas estamos mucho más presionados por el tiempo que los ponentes, quisiera iniciar estos comentarios felicitando a los organizadores de este evento, no sólo por el éxito del mismo, que lo demuestra las numerosas personas que han venido hoy y vendrán en estos días, sino también por lo que él significa para nuestra Facultad de Derecho: es la primera vez que logramos reunirnos tres institutos de investigación para discutir una misma problemática.

Empezaré por advertir que soy criminóloga y que por lo tanto, ésta será la perspectiva que orientará mi enfoque.

Voy a tomar en cuenta, fundamentalmente, dos aspectos que fueron tocados por el ponente y también por los que expusieron esta mañana y que, por paradójicos, centrarán mis comentarios. Estos son: por un lado, la severidad de esta ley, apreciación sobre la cual parece coincidir todo el mundo; y por el otro, el fuero especial que ella atribuye explícitamente al grupo social a quien se le va a aplicar.

Tenemos, entonces, en primer lugar, que como criminóloga me llama enormemente la atención, la severidad de esta ley, especialmente tomando en cuenta el poder del grupo social sobre el cual va a recaer, y aún más, al estar a su vez, sus propios creadores entre quienes pueden ser juzgados por ella.

Este hecho resulta significativo desde dos perspectivas:

a) Por un lado, desde la propia teoría moderna de la pena, ya que ésta tiende a no ser considerada retributiva, sino fundamentalmente

preventiva. La pena es así concebida como la última *ratio* y el reto es abrir campo a otro tipo de disposiciones que no sean eminentemente privativas de libertad. Yo estoy de acuerdo con estas posiciones y pienso que hay que buscar, hay que inventar e imaginar —y lo están haciendo hoy dentro de la propia dogmática penal— nuevas fórmulas de control que no impliquen privación de libertad, y ello, es mucho más urgente en regímenes democráticos, como decimos es el nuestro. Así que resulta extraño que esta novísima disposición esté centrada en el castigo, sobre todo, si consideramos que quienes trabajaron en la elaboración de la misma tendrían que estar al tanto de estas nuevas teorizaciones en el área de lo penal.

b) Por otro lado, dentro del propio contexto sociopolítico venezolano, porque ella contrasta con las modernas implementaciones en materia penal, como han sido la Ley de Sometimiento y Suspensión de la Pena y la puesta en servicio de institucionales penales abiertas; pero al mismo tiempo porque ella se vincula por represiva (a pesar de sus diferencias) con el Plan Unión. Podríamos, sin embargo, considerar que la coincidencia en medidas tan represivas son explicables, ya que los atracos en la calle y los hechos de corrupción administrativa, han sido por largo tiempo noticias asiduas en la prensa y el motivo de nuestras discusiones a diario, creándose con ello la necesidad “sentida” de acabar con esos hechos. De esta manera, el Plan Unión y la Ley de Salvaguarda buscan satisfacer esta necesidad, y con ello, devolver la legitimidad y la confiabilidad al sistema sociopolítico en peligro por estos hechos desestabilizadores del mismo. Sin embargo, es importante distinguir estos instrumentos represivos, y así, observamos que el Plan Unión es una “acción policial” dirigida contra los grupos sociales más desfavorecidos, y como “acción”, es realizada directamente, mientras que la Ley de Salvaguarda es una ley dirigida a grupos con poder social, y como tal, ¿podrá ser aplicada?, esto lo veremos.

El otro punto que centra mis comentarios es el referido al fuero especial que explícitamente se le reconoce al grupo al cual va dirigida. Esto, obviamente se evidencia, en la creación de tribunales especiales para que conozcan los hechos delictivos aquí establecidos; pero también, y en contrapartida, en el artículo 103, donde se establece que las personas que van a ser juzgadas y sentenciadas por esta ley no pueden salir bajo fianza, no se les suspende la pena ni se le anticipa la libertad. De esta manera nos encontramos frente a lo que podríamos considerar la máxima connotación de que el castigo es el objetivo central de esta ley;

pero también el reconocimiento (hecho también por el mismo ponente) de que existe una cualidad particular en el grupo social al que va dirigida, para el cual no parecieran funcionar medidas modernas paliativas de la pena.

Podría ser recomendable la existencia de tribunales especiales para que juzguen estos casos, si ello significa acabar con la impunidad que usualmente tiene el funcionario público que comete actos ilícitos o delitos; pero nada nos lo garantiza. Por el contrario, pienso que tanta severidad en la ley, tan alta penalidad en la mayoría de los delitos que aquí nos aparecen, van a hacer casi imposible la aplicación de esta ley. Veamos por qué y en qué sentido.

En primer lugar creo que hay razones de hecho, ya que en la práctica los funcionarios públicos pertenecen a partidos políticos, y los de más alta jerarquía, al partido de gobierno. Esto de alguna manera se expresa en algún tipo de solidaridad de grupo que se manifestará en la protección del "amigo", si el castigo por el acto cometido es excesivo, tal y como se plantea en esta Ley. De esta manera y "justificadamente" por razones humanas, abundará la impunidad por complicidad.

En segundo lugar está la constatación criminológica, de que la pena, y de manera más precisa, el derecho penal, solamente se le aplica al grupo social más desfavorecido, y no puede ser que este país sea la excepción, y que un grupo con poder social vaya a la cárcel.

Por todo ello considero, que si la Ley es aplicada, lo será a ciertas y determinadas personas que harán de "chivos expiatorios", legitimadores de la veracidad y la verdad del sistema. Así, la Ley se hará instrumento para saldar rencillas partidistas o personales, siendo también muy probable, que en la mayoría de los casos se le aplique a funcionarios públicos con menor poder social.

Pero la pregunta sigue en pie, ¿por qué aparece esta ley tan severa, tan criticada no solamente por mí sino por personas de muchísima autoridad? Creo que desde un punto de vista consciente e intencional, este es un instrumento político de legitimación en la búsqueda de la confiabilidad en el sistema, pues las dictaduras y los golpes de Estado están cercanos, y la corrupción es el desorden que crea la desconfianza en las personas que nos gobiernan. Esto es cierto, pero también lo es, que ella es expresión de una culpa social inconsciente, y de allí, su severidad; es indudable, tenemos que castigarnos, y de igual manera que el Plan Unión acaba alucinatoriamente con la delincuencia común, la

creación de esta ley tan punitiva, satisface la culpa ilusamente, acabando con la corrupción administrativa. Así, este discurso penal, esta Ley de Salvaguarda, es la expresión de la interpretación política de un deseo social de acabar con la corrupción, pero de manera tan alucinatoria a como el Plan Unión contra la delincuencia común. Gracias.

LOS NUEVOS TIPOS DELICTIVOS EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

CARLOS BELLO

No voy a seguir la tónica que se ha seguido hasta ahora, de entrar en un plan contradictorio con la exposición precedente; creo sinceramente, que a través de las exposiciones, de los doctores Arteaga y Rosas Bravo, se obtiene una visión analítica de los tipos penales recogidas por la ley objeto de este Seminario.

Quiero referirme muy sintéticamente a un aspecto que creo importante y que en todo caso complementará los análisis precedentes: el área penológica, que es la más directamente asociada con la realidad social y política que constituye el entorno de la norma.

Existe la idea generalizada que estamos frente a una Ley caracterizada por una penalización acusada de conductas delictivas contra la cosa pública. Partiendo de esta premisa debemos determinar si en efecto tal convicción corresponde o no a la realidad del derecho positivo. Si atendemos a la pena promedio establecida para los delitos contra la cosa pública, en el Código Penal (Título III, Capítulo I al IV) podemos establecer como pena promedio aproximada en su límite mínimo, un año y seis meses, término promedio mínimo que se mantiene en la Ley de Salvaguarda; en tanto que el límite máximo dentro del Código Penal es más o menos de cinco años, en tanto que en la nueva ley es de cuatro años y medio, aproximadamente, todo lo cual revela que, en cuanto a la fijación de los topes abstractos no existe una mayor penalización; sin embargo, esta conclusión debe coordinarse con la pérdida o carencia de una serie de beneficios que serían posibles a la luz del Código Penal y que no son posibles dentro de la Ley de Salvaguarda, a lo que se acumula la previsión de penas pecuniarias conjuntamente con penas privativas de libertad.

Planteando así, de entrada, el aspecto penológico, debemos atender fundamentalmente a los dos elementos básicos que ha planteado la dogmática jurídico penal, es decir, la fase normativa o de prevención general y la fase ejecutiva o de prevención especial.

En cuanto a esta fase normativa o de prevención general, no existe un sensible aumento en la cuantía de las penas, lo que sí existe es una diversificación de los tipos, dado que estamos frente a una Ley eminentemente casuística que trata de prever una serie de situaciones, muchas de ellas no encuadrables dentro de los tipos derogados, y algunas de ellas que aun cuando sí se podían tipificar, sin embargo, por alguna u otra razón, no se plasmaban en la realidad jurisprudencial.

Ahora, ¿a qué obedece este excesivo casuismo de la Ley o este querer preverlo todo?, ¿cuál es la causa y cuál es la finalidad consciente de este fenómeno?

En primer lugar hay que tener en cuenta que la prevención general obedece a un determinado aumento de un fenómeno criminal que merece la desaprobación mayoritaria del conglomerado social, por ser contrario a los valores, propósitos y fines de esa comunidad. Entendemos comunidad, simplemente como la colectividad nacional en su conjunto; existe entonces, en la Venezuela de hoy, un rechazo consciente y colectivo hacia la conducta que tipifica como línea general la llamada corrupción administrativa, y este reclamo de la conciencia pública, de alguna o de otra manera ha sido colectado, recogido y sensibilizado por los órganos legisferantes y por los órganos políticos. Resumiendo, la prevención general obedece al rechazo colectivo y a su captación por parte de los órganos legisferantes; pero, ¿cuál es la finalidad de la prevención general? Es evidente y obvia: alertar a los miembros de la comunidad para que no transgreda sus valores, sus fines, porque de ser así, se acarrea una consecuencia de naturaleza punitiva.

Luego, hay que presuponer que esta alerta está dirigida única y exclusivamente a una minoría de esa comunidad. Esto implica a mi modo de ver, una conclusión de carácter optimista en cuanto a la realidad sociomoral del país actual: que hay una conciencia colectiva de rechazo hacia las actividades constitutivas de corrupción administrativa. La existencia de la Ley y el éxito del propio Seminario serían índices de que esa conciencia existe.

Ahora, veamos el aspecto de la fase ejecutiva o de la prevención especial. No existe prevención especial en la Ley de Salvaguarda porque todas aquellas medidas que significan lo que hoy se entiende como

prevención especial, llámese resocialización, llámese reeducación o preferiblemente, como yo lo llamaría, educación, no están previstas, no hay medios sustitutivos de penas ni existe ningún tipo de beneficio, tales como la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, etc.

Ya hemos señalado cuáles pueden ser eventualmente las causas de la prevención general. Ahora, ¿cuáles son las causas de la carencia de prevención especial en la Ley?

Sostener que obedece a la realización de estudios criminológicos previos llevados a cabo por parte de quienes redactaron y concibieron la Ley, sería una hipótesis no demostrable y en todo caso, quizás, falsa; luego no podría sostenerse como hipótesis valedera de la carencia de prevención especial dentro de la Ley. Si no fue una consideración de índole criminológica, fue entonces de otra índole. Puede obedecer simplemente a una convicción precientífica y acientífica, meramente empírica, de que tal regeneración no es posible o no es conveniente, o puede también obedecer a otra explicación: a la convicción de los órganos legisferantes de que la Ley sólo va a ser aplicada a un sector, dentro del universo general del país, que va a estar incurso en actividades delictivas contra la cosa pública.

Si partimos de la base de que obedece a una simple convicción precientífica y exclusivamente empírica de que tal regeneración no es posible, nada de ello nos reporta o nos revela acerca del contexto o del entorno social dentro del cual la Ley se desenvuelve; a lo sumo esta convicción simple y precientífica lo que nos puede poner de manifiesto es, en primer lugar, la carencia de formación científica y criminológica por parte de quienes redactaron y concibieron la Ley, o nos puede revelar, asimismo, que dentro del país existe una lucha abierta y primitiva dentro de un lenguaje exclusivo de fuerza, entre quienes detentan el poder de la Ley y quienes ejercen actividades de corrupción y que, por lo tanto, a una fuerza disociadora se le va a oponer otra de carácter político-legal; pero tampoco parece ser ésta la realidad que vive el país actualmente.

Entonces, quedaría como eventual explicación otra alternativa, la previa convicción subconsciente o inconsciente de que tal prevención especial no es necesaria porque, precisamente, la Ley sólo se va a aplicar a un sector del universo humano que se va a ver comprometido dentro de su aplicación, y, ¿cuáles pueden ser a su vez las causas de esta convicción precedente o previa? Simplemente podría explicarse por la existencia de un sistema político que se genera a sí mismo, que funciona en

sí mismo, que se nutre y se desarrolla a través de la corrupción, o lo que es lo mismo, que el sistema tal como funciona no puede prescindir del elemento corrupción, porque entonces él, como tal, está condenado a desaparecer; pero precisamente, para tratar de evitar su desaparición como sistema y como estructura política, requiere, de alguna manera, satisfacer el reclamo nacional de condena o de rechazo, a la corrupción pública. Esto, a su vez, significa que es necesario suministrarle a esa colectividad, la apariencia de un instrumento legal eficaz, a fin de que el reclamo y el clamor tengan por lo menos, una satisfacción temporal y apaciguadora; pero en ningún caso, solución definitiva del conflicto planteado.

En todo caso, creo que la Ley dentro de su contexto o dentro de su realidad social, no es sino una manifestación del fracaso de un sistema político para poder llevar a cabo la realización de fines trascendentes a sí mismo, es decir, que el sistema no es definitivamente capaz de poder satisfacer los fines y propósitos de la colectividad nacional, sino que sólo procura por los fines que corresponden única y exclusivamente a su propia salvación y manutención; en la medida en que el sistema sea capaz de poder satisfacer los requerimientos colectivos (si el sistema no se identifica con los requerimientos colectivos, tales como servicios, seguridad, etc., se produce un marcado divorcio entre las necesidades sociales de la comunidad y las necesidades políticas del sistema) y en la medida en que sea capaz de poder satisfacer necesidades ajenas y extrañas a su propio mantenimiento, en esa misma medida puede decirse que es un sistema político eficaz y ello no ocurre en Venezuela. Quizás esto o quizás no, de hecho forme parte de lo que se considera una visión pesimista o negativa de la posible o eventual aplicación de la Ley. Como dije en un principio, existe un elemento positivo, la consciencia nacional en cuanto al problema, lo que definitivamente creo es que no existe una consciencia política dentro del sector dirigencial ni menos aún una voluntad realmente declarada para hacer desaparecer el fenómeno de la corrupción como tal, pues ello equivale a instaurar un sistema político diferente, con nuevas instituciones, y por encima de todo, con nuevos hombres.

V

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

LAS ATRIBUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA
REPUBLICA EN MATERIA DE DECLARACION JURADA
DE PATRIMONIO Y DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO,
SEGUN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA
DEL PATRIMONIO PUBLICO

FREDDY J. ORLANDO S.

I. INTRODUCCION

II. DE LA DECLARACION JURADA DE PATRIMONIO

1. Concepto. 2. ¿Quiénes están obligados a presentarla? 3. Quiénes están exceptuados de hacerla? 4. Aspectos formales de la declaración jurada de patrimonio y contenido de la misma. 5. Tiempo y lugar de presentación. 6. El análisis de la declaración jurada de patrimonio por parte de la Contraloría General de la República. 7. Sanciones relacionadas con la declaración jurada de patrimonio.

III. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL ORGANISMO CONTADOR EN MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuya entrada en vigor, de conformidad con su artículo 110, tuvo lugar el 1º de abril del presente año, asigna a la Contraloría General de la República una diversidad de atribuciones y deberes en la materia por ella regulada.

En efecto, valga señalar a título de ejemplo las que contempla el artículo 22 de la mencionada Ley y las cuales se mencionan a continuación:

1) Recibir, admitir, estudiar, cotejar, ordenar y archivar las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas.

2) Exigir la formulación y presentación de la declaración jurada de patrimonio a las personas que deban hacerlo, en la oportunidad y condiciones que juzgue necesario, de conformidad con esta Ley.

3) Realizar y sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la presente Ley o de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley.

4) Declarar la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella.

5) Enviar al Fiscal General de la República o a los tribunales competentes todos los documentos o elementos que ellos exijan, así como los resultados de las investigaciones que realice sobre toda acción u omisión que produjere un perjuicio en el Patrimonio Público o pudiere comprometer la responsabilidad de las personas sujetos de esta Ley (*sic*).

6) Investigar a las personas jurídicas que contraten con alguna de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta Ley, cuando en su capital participe, directamente o por interpuesta persona,¹ cualquier funcionario en contravención con lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución.

7) Practicar las investigaciones pertinentes cuando fundadamente se presuma que algunas de las personas sometidas a esta Ley, aun por medio de sujetos interpuestos, hubiere efectuado remesas de fondos al exterior con el propósito de ocultar su enriquecimiento ilícito.

Cabe recordar aquí, que la Contraloría General de la República, por mandato constitucional, es el Organismo a quien compete "el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos",² que está dotado de autonomía funcional y es, a la vez, auxiliar del Congreso, es decir, cooperador de éste en su función de control sobre la Hacienda Pública.

A más de lo anterior, debe expresarse que funciones similares a las que se han previsto en la precitada ley para la Contraloría General de la República, ya fueron ejercidas por dicha Institución hace algún tiempo.

Efectivamente, la "Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos", asignaba a la Contraloría General de la República, competencia para "archivar y clasificar" las declaraciones juradas de bienes que ante ella se presentaban, y al ciudadano Contralor General de la República, la facultad de imponer sanción de multa a los

1. En relación con el concepto de "personas interpuestas", véase el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

2. Conforme artículo 234 de la Constitución de la República.

que, sin causa justificada, omitieran hacer la referida declaración. Pero al dictarse la Ley Orgánica del máximo Organismo de Control Fiscal Externo del país, cesó la competencia antes aludida, por expresa disposición del instrumento legal mencionado en último término. Con efecto, el artículo 115 *ejusdem*, establece:

Las declaraciones juradas de bienes que sean presentadas, conforme a la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, serán enviadas a la Comisión prevista en dicha Ley, la cual los archivará y conservará e impondrá las sanciones previstas para el incumplimiento del deber de presentarlas.

De manera, pues, con base en la disposición legal precedente, como afirmáramos, la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito pasó a desempeñar las atribuciones previstas en la ley de esa materia, atinentes al susodicho ente Contralor, el cual, como antes se ha expresado resume las mismas en los términos y alcances concebidos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Dicho lo anterior, pasemos a analizar dos aspectos que, por su importancia, he creído conveniente referir en esta oportunidad: se trata, por una parte, de lo relativo a la declaración jurada de patrimonio, y por la otra, del procedimiento ante la Contraloría General de la República, en materia de enriquecimiento ilícito.

II. DE LA DECLARACION JURADA DE PATRIMONIO

1. *Concepto*

La declaración jurada de patrimonio, es un documento contentivo de la situación patrimonial de un sujeto a quien la Ley obliga a revelarla, con miras a que se examine tal situación y se determine, llegado el caso, a través de los medios pertinentes, cualquier incremento que pudiera resultar ilegalmente habido.

2. *¿Quiénes están obligados a presentarla?*

A) De conformidad con el artículo N° 5 de la Ley, deben presentar la declaración jurada de patrimonio, todas las personas que aparecen en la enumeración que hace el artículo 2° *ejusdem*. En esta última disposición, en su numeral 1° se indica a "todos los que estén investidos de *funciones públicas*". Es decir, a los que prestan servicios a la Administración y realizan actividades por medio de la cual se llevan a

cabo los fines esenciales del Estado, ya sean aquellas "permanentes o transitorias" (elemento de temporalidad), "remuneradas o gratuitas" (elemento económico o no retributivo), o "por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente" (fuente de la designación). La última norma legal que se comenta, también cubre a quienes estén "al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela³ o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades".

B) El numeral 2º de la norma que se examina, contempla a las siguientes categorías de personas:

A los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4 de esta Ley (la República, los Estados y Municipios, los Institutos Autónomos, etc.), igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio (paréntesis nuestro).

C) También incluye el susodicho artículo: "A cualquier otra persona en los casos previstos en la presente Ley".

Como puede observarse fácilmente, la amplitud de la norma en cuestión pone de manifiesto el interés del legislador en la protección del patrimonio del Estado, ya que ha previsto distintos supuestos, producto de la evolución de su estructura organizativa,⁴ y de precedentes doctrinarios y legislativos. En efecto, en dictamen de la Procuraduría General de la República, de fecha 15-9-77, se expresó que a las fundaciones creadas por el Estado, les era aplicable la Ley Contra el En-

3. El control de tutela es el que ejerce una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y los actos que de éstos dimanen, con la finalidad de proteger el interés general (*Vid.*: A. R. Brewer-Carías: *El control de las actividades económicas del Estado en el Derecho venezolano*, p. 75. Caracas, 1959, editado por la Contraloría General de la República).

4. "...el crecimiento de la administración descentralizada funcionalmente ha sido de tal magnitud, que en un lapso de 20 años se han creado casi 400 entidades de esta índole y desde el punto de vista financiero se observa, que la participación de la administración descentralizada dentro del Presupuesto del Gasto Público ha ido aumentando vertiginosamente. Ha pasado de Bs. 248.105,680,00 en el presupuesto 1957-1958, hasta alcanzar la enorme cifra Bs. 32.953.342,623,00, en el presupuesto de gastos de 1981...". *Vid. Informe al Congreso del ciudadano Contralor de la República*, año 1981. Introducción, p. 25.

riquecimiento Ilícito de los Funcionarios o Empleados Públicos (*Vid. Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1977, página 104 y ss.*). Por su parte, las leyes orgánicas de Régimen Presupuestario, de Crédito Público, de la Contraloría General de la República, entre otras, incluyen dentro de su ámbito de aplicación a las precitadas entidades.

En este particular debemos expresar nuestra satisfacción por la extensión del concepto de funcionario público, tal y como quedó consagrado en el numeral 2º del artículo 2º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ya que pensamos que de esta manera se cierra el camino a las especulaciones por parte de quienes con verbalismo insolente, dirigido a los que sosteníamos la tesis hoy consagrada en la susodicha norma, llegaron a esgrimir lo contrario para pretender desvirtuar, entre otras, las potestades investigativas del Organismo Contralor, que ésta ha venido ejerciendo con arreglo a su Ley Orgánica en los diversos entes que se agrupan bajo la denominación genérica de la "Administración Descentralizada Funcional", potestad que quedó reforzada con la previsión del artículo 25 de la Ley, en los términos siguientes:

La Contraloría General de la República tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el Patrimonio Público. A estos efectos, podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias en los organismos y entidades que se mencionan en el artículo 4º de esta Ley.

Además de los supuestos precedentes, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en el artículo 14 hace referencia al caso de las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a la República, Estados, Municipios, Institutos Autónomos, etc., las cuales también estarán obligadas a presentar la referida declaración jurada de patrimonio, si le es exigida por la Contraloría General de la República o por un Tribunal competente, con motivo de las investigaciones que efectúen.

Finalmente, el artículo 13 *ejusdem*, prevé otro supuesto. Se trata de la facultad que la Ley confirió a los órganos jurisdiccionales competentes, para exigir a cualquier persona la presentación de la referida declaración de patrimonio, cuando de las investigaciones que llevaren a cabo en materia de delitos contra la cosa pública, así lo estimaren pertinente.

3. *¿Quiénes están exceptuados de presentar la declaración jurada de patrimonio?*

Según el artículo 7º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, están exceptuadas de presentar la declaración jurada de patrimonio, las siguientes personas:

1) Los profesores y maestros que no tengan otra actividad pública que la enseñanza.

2) Los suboficiales, clases y soldados de las Fuerzas Armadas Nacionales, que no ejerzan funciones administrativas.

3) Los miembros de las academias, de comisiones de legislación y de cuerpos consultivos.

4) Los que sólo tuvieran funciones eventuales, interinas o transitorias, que no excedan de tres meses, salvo aquellos que presten servicios o ejerzan gestiones, negocios o mandatos en el exterior y no estén exceptuados en los ordinales anteriores.

5) Los que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución motivada, por la naturaleza de las funciones que desempeñen.⁵

Comentario especial merece el supuesto contenido en el numeral 5º, antes transcrito, por cuanto interesa destacar que, en nuestra opinión, resulta lógica la previsión del legislador de conceder al Organismo Contralor la facultad de excluir a otras personas de la referida obligación, "por la naturaleza de las funciones que desempeñen", ya que de lo contrario podrían recargarse innecesariamente las actividades de dicho Organismo sobre ese particular y hacer negatorias las labores de control que le competen al respecto. Por otra parte, debe señalarse que, según el párrafo único del artículo en comento, el Organismo Contralor podrá requerir la declaración jurada de patrimonio a las personas exceptuadas por la Ley, cuando lo estime pertinente, en virtud de alguna investigación que lleve a cabo.

4. *Aspectos formales de la declaración jurada de patrimonio*

Los distintos aspectos de forma que exige la Ley respecto a la

5. La resolución por la cual se exceptúan de formular declaración jurada de patrimonio a diversos funcionarios, es la CG-01, del 1-4-83, publicada en la *Gaceta Oficial*, N° 3.224, extraordinario, del 5-4-83. Véase, también, la Resolución N° CG-08, del 12-5-83, *Gaceta Oficial*, N° 32.728, del 18-5-83.

declaración jurada de patrimonio, vienen regulados en los artículos 5º, 6º, 8º y 9º.⁶

Según esas normas, el referido documento debe ser hecho en papel común, sin estampilla, bajo juramento de decir verdad y exento de todo impuesto o tasa.

Indudablemente que la finalidad perseguida por el legislador fue la de evitar trámites que luego pudieran servir de excusas para retardar o no cumplir con la susodicha presentación.

Atinente al contenido de la declaración jurada de patrimonio, los precitados artículos 8 y 9, de manera pormenorizada, señalan que allí debe incluirse una relación de bienes y créditos, a favor o en contra del declarante, siempre que los mismos pertenezcan a él, a su cónyuge no separado legalmente de bienes o a sus hijos menores, cuando sobre ellos ejerza dicho declarante la patria potestad. Si se trata de bienes muebles que no estuvieren en la casa de habitación del declarante, deberá expresarse el lugar en que se encuentren depositados.

Además, se exige que cuando los derechos versen sobre bienes inmuebles, acciones o cuotas de participación en sociedad civiles o mercantiles, habrán de indicarse todos los datos de asiento de registro respectivos.

Concerniente a las cuentas corrientes, de ahorro de depósitos a plazo fijo, cédulas hipotecarias, certificados de ahorro, bonos quirografarios, financieros, de deuda pública o cualquier otro título valor, tal y como lo señala el numeral 3 del referido artículo 9, deberán suministrarse, según el caso, los datos de identificación pertinentes que allí se indican: "monto o saldo para el momento de la declaración, número de cuenta o título, instituto comercial o hipotecario... ", etc.

Por su parte, exige la norma prevista en el numeral 4º del aludido artículo 9º, que deberá indicarse con toda precisión, cuando se trate de cualesquiera otros derechos o de acreencias activas o pasivas, el valor de éstos y el nombre del deudor o acreedor.

Una verdadera novedad que trae la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es la relacionada con las obras de arte y las joyas, las cuales deben incluirse en la precitada declaración jurada de patrimonio, según lo estatuye el parágrafo primero del artículo 8º de

6. Véase en relación con este punto, la resolución CG-02, del 1-4-83, mediante la cual el Contralor General de la República, prescribió el modelo y dictó las instrucciones generales pertinentes que servirán de guía para la elaboración de la declaración jurada de patrimonio. *Gaceta Oficial*, N° 3.124, extraordinario, del 5-4-83.

la Ley. En efecto, conforme a esta norma, es menester identificar con precisión cada uno de dichos objetos e indicar el valor de los mismos en los siguientes dos supuestos: a) cuando el valor individual de tales bienes exceda la cantidad de cien mil bolívares (Bs. 100.000,00), y, b) cuando en su conjunto sobrepasen la suma de quinientos mil bolívares (Bs. 500.000,00).

Es indudable que este requisito obedece también al interés del legislador para que los defraudadores de la cosa pública, y aquí utilizó un vocablo del *argot* policial, no “laven” el dinero habido ilícitamente, mediante la compra de prendas u obras de arte que, algún tiempo después de cometidas las irregularidades, procedieran a venderlas, inclusive con la plusvalía que suele acompañar a tales bienes, generalmente, por el sólo transcurrir de los años, lo cual, además de injusto resultaría paradójico.

Otro requisito respecto a la declaración jurada de patrimonio, es la regulación contenida en el parágrafo segundo del artículo 8º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el cual dice así:

La declaración jurada de patrimonio también contendrá autorización expresa e irrevocable del declarante, facultando a la Contraloría General de la República y al órgano jurisdiccional competente para que sean investigadas sus cuentas y bienes situados en el extranjero.

Comprendemos el fin perseguido con esta disposición, mas no creemos en la efectividad de la misma, ya que, obviamente, está condicionada a las regulaciones que, en esa materia establezcan las legislaciones de otros países. Por lo tanto, no vacilamos en calificarla de encomiable pero ilusoria.

Finalmente, pasamos a señalar que están exceptuados de incluirse en la declaración jurada de patrimonio, los bienes muebles destinados al uso o consumo personal y directo del declarante, del cónyuge y, los de sus hijos menores sometidos a patria potestad.⁷

Los requisitos contenidos en la normativa legal antes analizada, así como el propósito que se busca con la declaración jurada de patrimonio, nos lleva a afirmar, sin lugar a dudas, que el valor de los bienes que debe señalar el declarante, en la precitada declaración, es el valor que aparezca en el documento o título correspondiente y no el que cada quien quiera asignarle. El valor, pues, debe ser objetivo, lo contrario podría conducir, precisamente, al inicio de la averiguación

7. Conforme artículo 8, parágrafo 1º, LOSPP.

que corresponde hacer a la Contraloría General de la República conforme al artículo 16 de la Ley, al cual nos referimos luego, y a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 73.

5 *Tiempo y lugar de presentación*

Por lo que concierne a los dos aspectos a tratar, debe señalarse que la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ha dispuesto varias situaciones que, en nuestra opinión, no resultarán conflictivas o dudosas para las personas que se encuentren dentro de los distintos supuestos de presentación de la declaración jurada de patrimonio. Con efecto, tocante a la oportunidad requerida por la Ley para la consignación del aludido documento, por parte de los que tengan esa obligación, cabe indicar que el artículo 5º del comentado texto legal, señala que ello debe efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la toma de posesión del cargo y dentro de los 30 días posteriores a la fecha en la cual, y aquí cito textualmente a la misma, "cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas", es decir, pongan fin a su condición de servidores del Estado, independientemente de la causa o motivo que la haya originado.

En este particular debemos destacar una importante modificación con respecto a lo que preveía la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios o Empleados Públicos, ya que mientras este último instrumento legal exigía que la presentación de la *declaración jurada* de bienes se efectuara cuando el funcionario cesara en el cargo, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, como ya lo señalamos, exige la presentación de la declaración jurada de patrimonio, al finalizar en la función pública, y es lógico que sea así porque de lo contrario las diversas obligaciones que corresponden al Organismo Contralor respecto a la susodicha declaración, impedirán llevarlas a cabo por la sola imposibilidad material o física de cumplir con tales obligaciones, y a las cuales nos referiremos más adelante.

En el supuesto ya aludido del artículo 12 de Ley, es decir, cuando la Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente, exijan, en cualquier momento, la presentación de la declaración jurada de patrimonio, a las personas indicadas en el artículo 2º *ejusdem*, tal presentación deberá efectuarse dentro de los 30 días continuos siguientes a la notificación de la resolución correspondiente.

Por lo que atañe al caso contemplado en el artículo 14 de la mencionada ley, también precedentemente comentado, no se indica plazo

alguno para la presentación de la declaración jurada de patrimonio. Entendemos que como el supuesto a que se contrae dicha disposición, está referido a la realización por parte de la Contraloría General de la República, o de un tribunal competente, de una perquisición, la mencionada declaración deberá ser presentada dentro del plazo que le fije el correspondiente organismo investigador.

La otra hipótesis que es menester comentar, es la referida en el párrafo único del artículo 7º. Conforme a esta norma, la Contraloría General de la República tiene la facultad de exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio, a las personas que según el susodicho artículo 7º, están exceptuadas de formularlas; y ello puede ocurrir cuando medie una investigación y el Organismo Contralor estime conveniente exigir el mencionado documento, para lo cual fijará un plazo prudencial.

Por lo que concierne al segundo aspecto que quedaba por analizar, es decir, el relativo al lugar donde ha de presentarse la susodicha declaración jurada de patrimonio, señala el artículo 6º de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público dos supuestos: el primero de ellos referido al caso en que la persona que debe hacer la declaración, resida en el territorio de la República. En esta hipótesis, ello se hará "por ante los funcionarios que el Contralor autorice para recibirla";⁸ en el segundo, supuesto, es decir, si residiere en el extranjero, "la declaración se hará ante el representante diplomático o consular de la República en el país en donde el funcionario formulante prestare sus servicios".

6. *El análisis de la declaración jurada de patrimonio por parte de la Contraloría General*

Si bien es cierto, como antes lo afirmáramos, que en el pasado la Contraloría General de la República tuvo a su cargo cierta participación en materia de declaración de bienes, no lo es menos que la labor

8. Véase: *Gaceta Oficial*, N° 3.124, extraordinario, del 5-4-83, donde aparece la Resolución CG-03, del 1-4-83, mediante el cual el titular del Organismo Contralor autorizó a los Contralores Estadales y Contralores Internos de los Territorios Federales para recibir la declaración jurada de patrimonio de las personas que estén residenciadas en el interior de la República y al jefe de la Oficina de Control de Declaraciones Juradas de Patrimonio de la Contraloría General de la República, la de las personas residenciadas en el área metropolitana de Caracas.

Véase, igualmente, la Resolución CG-04, del 1-4-83, también dictada por el Contralor General de la República y publicada en la precitada *Gaceta Oficial*, en donde se autorizó al Director General Sectorial de Contraloría del Ministerio de la Defensa para recibir las declaraciones juradas de patrimonio que deben presentar los oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales, así como los suboficiales, clases y soldados que desempeñan cargos administrativos.

que le ha sido encomendada por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es totalmente diferente a la que estuvo prevista en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, ya que, mientras este texto legal exigía de la Institución Contralora "archivar y clasificar" las declaraciones,⁹ la Ley de Salvaguarda señala que debe recibirlas, admitirlas, cotejarlas, ordenarlas y archivarla.¹⁰

Es cierto que esta obligación ha motivado diversos comentarios e interrogantes respecto a la capacidad del Organismo Contralor para llevar a cabo las tareas que, en la materia que analizamos, le asigna la nueva Ley.

En nuestra opinión la Contraloría General de la República no va a sufrir ningún trauma como consecuencia de las nuevas atribuciones que está llevando a cabo a partir del 1º de abril del presente año. Tampoco va a desmejorar aquellas que viene ejerciendo, fundamentalmente, con arreglo a su propia Ley Orgánica. Estamos seguros de que ello debe ser así, porque el Organismo Contralor cuenta con una organización que debe absorber las nuevas atribuciones, independientemente de los ajustes que sea necesario efectuar (véase *Gaceta Oficial*, N° 3.138, extraordinaria del 12-4-83, contentiva del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República y de las Resoluciones Organizativas de las diversas dependencias del Organismo Contralor).

Expresado lo anterior, analicemos el artículo 15 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, el cual reza así:

La Contraloría General de la República, recibida la declaración jurada de patrimonio, procederá a verificar la sinceridad de la misma y a cotejarla, de ser el caso, con la declaración anterior.

Por su parte el artículo 22, numeral 1º *ejusdem*, expresa textualmente:

Recibir, admitir, estudiar, cotejar, ordenar y archivar las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas.

Un examen detenido de las disposiciones precedentes, nos lleva a expresar que las mismas son contradictorias. En efecto, si nos atenemos al orden de actuaciones, por parte de la Contraloría General de la

9. Conforme artículo 9º, LCEIFEP.

10. Conforme artículo 22, numeral 1º, LOSPP.

República, a que alude el transcrito artículo 15, este Organismo después de recibida la declaración debe verificar la sinceridad de la misma, y esta actividad, lógicamente, implica un estudio o análisis del sosodicho documento. Por el contrario, la secuencia de actuación que incumbe hacer al Organismo Contralor, según el numeral 1º del igualmente transcrito artículo 22, señala que a la Contraloría General de la República corresponde recibir, admitir, estudiar, cotejar, etc. Nos preguntamos: ¿Cómo puede admitirse algo que no ha sido estudiado o cotejado? ¿Qué consecuencias se podrían derivar del hecho de haberse admitido una declaración jurada de patrimonio, cuyo posterior estudio o cotejo conllevará observaciones o inconformidad por parte del ente contralor?

El planteamiento anterior nos conduce a expresar que el verdadero orden de actividades a cumplirse respecto a la declaración jurada de patrimonio una vez recibida, es el que aparece descrito en el precitado artículo 15. En consecuencia, el paso posterior será el de la verificación de sinceridad, y luego, la admisión de dicho documento.

Esta última posición se robustece aún más con el procedimiento a que se hace referencia en los artículos 16, 17 y 18 de la Ley, el cual pasamos a considerar brevemente.

Si el ente contralor observare que la declaración no se ajusta a los requerimientos de la Ley, o si surgiere duda acerca de la exactitud de los datos allí referidos, se le ordenará al declarante que efectúe las correcciones a que haya lugar, o la presentación de los documentos probatorios del caso. Todo ello deberá realizarse dentro de un lapso de treinta (30) días continuos, los cuales comenzarán a contarse a partir de la fecha en que se haya notificado al declarante la observación correspondiente. Además, prevé la ley la posibilidad de otorgar término de distancia que será computado a razón de 200 km. diarios.

La Ley faculta a la Contraloría General de la República para conceder, a requerimiento del declarante, un plazo adicional no mayor de veinte (20) días continuos, vencidos los cuales la Contraloría decidirá lo conducente dentro de los treinta días siguientes a la finalización de los que se hubieren concedido según los supuestos analizados.

La decisión será de admisión o de determinación de insinceridad por dolo imputable al declarante. En este último supuesto se procederá a la apertura de la averiguación prevista en el artículo 48 de la Ley, es decir, del procedimiento en materia de enriquecimiento ilícito, cuyo examen efectuaremos luego.

7. Sanciones relacionadas con la declaración jurada de patrimonio

La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, establece en el artículo 19 dos supuestos de imposición de sanciones relacionadas con la declaración jurada de patrimonio.

El primero de tales supuestos es el previsto en el numeral 1º del mencionado artículo, y alude a la omisión de hacer la declaración dentro del término legal.

En esta hipótesis se aplicará multa que oscilará entre 500 y 10.000 bolívares.

El segundo supuesto se refiere al caso en el que no fueren presentados, dentro de los términos que hubieren sido establecidos, los documentos requeridos para comprobar la sinceridad de la precitada declaración. La sanción a aplicarse es la de multa, cuyo monto puede ser entre 500 hasta 2.000 bolívares.

Estas sanciones serán impuestas por el ciudadano Contralor General de la República o por las personas en quien éste delegare tal facultad, mediante resolución debidamente motivada.

También podrá sancionar el Contralor General de la República, o sus delegados, a los ordenadores de pago, que debiendo retener las remuneraciones de los declarantes en los supuestos previstos en los artículos 10 y 6º de la Ley, no lo hicieren. Tales supuestos son los siguientes:

- 1) No presentación de la declaración jurada de patrimonio en los términos que indica la Ley.¹¹
- 2) No corrección de las diferencias que aparezcan en la declaración o no aportación de las pruebas que exija la Contraloría.¹²

En estos casos las multas se impondrán, igualmente, mediante resolución motivada, por cantidades que van entre 500 y 2.000 bolívares.

Además de los supuestos anteriormente analizados, el artículo 73 prevé una multa de diez mil a cincuenta mil bolívares y prisión de uno a seis meses para aquellos casos en que maliciosamente se falseen u oculten datos que deba contener la declaración jurada de patrimonio.

11. Conforme artículo 10, LOSPP.

12. Conforme artículo 16, LOSPP.

Otra sanción relacionada con la materia que se examina es la de amonestación cuando se dé la situación a que alude el artículo 18 de la Ley, es decir, cuando el Organismo Contralor corrija, de oficio, los errores u omisiones en que, culposamente, hubiere incurrido el declarante.

Por último, vamos a referirnos a las hipótesis que aparecen en el texto del artículo 21 de la Ley, según las cuales la Institución Contralora está facultada para sancionar con multas que van entre quinientos y diez mil bolívares a las personas que sin estar, en principio, obligadas a presentar la declaración jurada de patrimonio, no lo hicieren cuando ésta les haya sido requerida. En el segundo supuesto es el de los que, de algún modo, impidan u obstaculicen las diligencias que sean indispensables efectuar para verificar la sinceridad de la declaración jurada de patrimonio. A tal respecto, conviene transcribir el artículo 11 de la Ley:

Las personas obligadas a formular declaración jurada de patrimonio, prestarán las facilidades necesarias para verificar la sinceridad de ellas. A tal efecto, permitirán a los funcionarios competentes la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos, facturas, conocimientos y otros elementos que tiendan a comprobar lo que se averigua. Idéntica obligación estará a cargo de los funcionarios o empleados públicos y de los particulares que tengan dichos documentos en su poder. Los institutos bancarios están obligados a abrir las cajas de seguridad de sus clientes sometidos a averiguación y mostrar su contenido cuando se lo exijan la Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente. La apertura se hará en presencia del funcionario respectivo y del titular de la caja de seguridad o de su representante. En caso de que aquél no concurriera al acto de apertura o se negare a abrir la caja de seguridad, ésta será abierta en su ausencia o rebeldía y en presencia de un fiscal del Ministerio Público, inventariándose su contenido, de todo lo cual se levantará acta en el expediente respectivo. Dicha caja, luego de sellada, no podrá abrirse nuevamente sin orden expresa del organismo que hubiese acordado la apertura e inspección.

III. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL ORGANISMO CONTRALOR EN MATERIA DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

A la Contraloría General de la República, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, le ha conferido una importante y decisiva participación en lo concerniente a las diligencias preliminares que deben practicarse para la determinación del enriquecimiento ilícito,

y que la correspondiente Ley encomendó a la Comisión Investigadora del susodicho ilícito y cuya eliminación fue prevista en la Ley de Salvaguarda. De tal manera que parte de las funciones que al precitado organismo le correspondía llevar a cabo en la materia que analizamos, pasaron a ser desempeñadas por la Institución Contralora, como ha quedado dicho.

En breves palabras, el proceso investigativo ante la presunción de enriquecimiento ilícito se halla contenido, fundamentalmente, en el Título V, Capítulo II de la Ley, y podría referirse así:

Si del estudio de la declaración jurada de patrimonio, o de la denuncia que formulare el Ministerio Público, u otra persona debidamente identificada, o del conocimiento del Organismo Contralor, aparecieren indicios de enriquecimiento ilícito, por auto, razonado, la Contraloría General de la República iniciará la averiguación correspondiente, practicará las diligencias a que hubiere lugar y notificará al Ministerio Público, de motivarse la investigación a pedimento de personas distintas de tal Ministerio.

En este proceso de sustanciación, la Contraloría hará el llamamiento de las personas que deban ser investigadas. A tal fin, las citará, y en el supuesto de que el investigado no pudiere ser citado, publicará un cartel en un diario de circulación nacional para que comparezca en un lapso que no debe exceder de 15 días continuos, a contar de la fecha de tal publicación. De no comparecer, se le juzgará en ausencia. No debe sorprender esta última previsión, ya que tiene su asidero en la Constitución de la República, la cual expresa en el artículo 60, ordinal 5º, en su segunda parte, lo siguiente:

Los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley.

La norma constitucional antes transcrita fue concebida por el constituyente de la forma que se copia luego y que es parte de la Exposición de Motivos de tal Constitución:

Esto viene a remediar un grave problema de la legislación ordinaria, en relación con hechos de suma gravedad, para los cuales el sistema vigente, inspirado en normas constitucionales redactadas en forma absoluta, no ofrecían solución adecuada.

La normativa de juzgamiento en ausencia antes señalada, cuando se cubren las garantías de defensa para los investigados, no sólo es ra-

zonable sino práctica, por cuanto de esa manera se precave un sinnúmero de actitudes de que podría valerse el investigado para hurtarse a la presencia en el proceso y lograr su impunidad.

Concluida la pesquisa, y de no resultar probados los hechos, se hará declaración expresa de ese particular. En caso contrario se procederá de la forma que se señala a continuación:

1) Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito o cualquiera de los otros delitos contemplados en esta Ley, solicitará del Fiscal General de la República que intente las acciones penales y civiles correspondientes.

2) Si resultare que el investigado está incurso en la comisión de hechos constitutivos de infracción de alguna de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional u otras de índole fiscal, decidirá lo conducente, de conformidad con la Ley Orgánica que rige sus funciones y con la presente Ley.

Si resultaren comprobados daños y perjuicios causados a la administración, solicitará del Fiscal General de la República que intente la acción civil respectiva.¹³

Podríamos afirmar que los pasos anteriores son los esenciales en el proceso investigativo que nos acomete. No obstante, hacemos a continuación referencia, también compendiada, a cuatro aspectos que no constituyen propiamente actuaciones de fatal cumplimiento, en dos de tales aspectos, o que únicamente se refieren al valor probatorio de todas las actuaciones y a la no prejudicialidad respecto de ellas:

1) De existir serios indicios de responsabilidad del investigado, el Organismo Contralor podrá ordenar la retención preventiva de las remuneraciones, prestaciones o pensiones de aquél, sólo cuando el mismo aparezca responsable en la averiguación del manejo de fondos a los que también se ciñe la misma. La retención podrá extenderse, asimismo, a los pagos que los institutos o entidades a que alude el artículo 4º de la Ley de la materia adeuden a contratistas, de resultar éstos implicados en las investigaciones que se practiquen.

La norma reviste claridad en cuanto a los sujetos que pudieran resultar afectados por ella, en cuanto a las porciones sobre las cuales podría recaer y respecto de los únicos supuestos en que tal retención es procedente.

13. Conforme artículo 51, LOSPP.

2) Igualmente, de existir graves indicios de enriquecimiento ilícito, el Contralor General de la República también podrá solicitar de la autoridad judicial competente, el aseguramiento de bienes del investigado hasta por una cuantía equivalente al doble de la cantidad en que se estime dicho enriquecimiento.

La norma legal es clara y tiene un fin evidentemente preventivo que se explica fácilmente por la naturaleza de la materia.

3) Plantea el artículo 5º el conocido punto de la prejudicialidad, pero en el sentido de que ésta no habrá de regir, en materia de averiguaciones de Contraloría, como oponible ante el órgano jurisdiccional de Salvaguarda del Patrimonio Público. Cabe señalar que existe en la Contraloría General de la República una norma similar pero referida, específicamente, al caso de las averiguaciones que efectúa la Institución Contralora para determinar la responsabilidad administrativa de los sujetos investigados.¹⁴

4) Finalmente, interesa destacar la disposición contenida en el artículo 57 de la Ley, en virtud de que en ella se establece una valoración a las actividades que en el campo investigativo, ya citado, efectúe el Organismo Contralor. Allí se establece que mientras no resulten desvirtuadas, en sede jurisdiccional, las diligencias que aquél hubiere realizado, las mismas "tendrán la fuerza probatoria que les atribuyan las leyes".

De tal manera que dicha disposición, además de estar inspirada en razones de economía procesal, y de supresión de cualquier duda sobre la eficacia probatoria, ha tenido el buen cuidado de garantizar el derecho a la defensa consagrado en la Constitución, en la medida en que permite a la persona investigada rebatir ante otra autoridad, las evidencias que existieren en su contra.

Conviene agregar que la norma en comento, tampoco constituye innovación alguna de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, ya que con similar contenido aparece consagrada en el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

IV. CONCLUSIONES

Cuenta el país con una nueva herramienta para la decidida y tenaz lucha que es menester emprender con el objeto de erradicar el enrique-

14. Conforme artículo 81, LOCGR.

cimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública, males estos de no infrecuente ocurrencia también en nuestro país, con antecedentes históricos de sobra conocidos.

El instrumento normativo que hemos analizado viene a inscribirse en el catálogo de textos legales que desde la colonia han debido dictarse para enfrentar el aludido mal; y somos nosotros, precisamente, los que tenemos la gran responsabilidad de esforzarnos en la lucha por su real y objetiva aplicación cuando sea procedente, ya que de ello dependerá el que hagamos retroceder la corrupción.

Alentamos esperanzas de que en fecha próxima podamos afirmar, no de manera idealista, que estamos aplicando la nueva Ley y hemos visto sus resultados.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

LCEIFEP: Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios o Empleados Públicos.

LOSPP: Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

LOCGR: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

**LA LEY ORGANICA DE
SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO
Y LA
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

ENRIQUE SÁNCHEZ FALCÓN

I. INTRODUCCION.

II. COMPETENCIAS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.

1. Competencias relativas al control de las declaraciones juradas de patrimonio.
2. Competencias relativas a la determinación de indicios de responsabilidad penal y civil.
3. Competencias relativas a la determinación y sanción de responsabilidades administrativas.

III. RELACION ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO Y LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

1. La Contraloría General de la República y los distintos procedimientos previstos en la Ley de Salvaguarda.
2. La declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias.
3. La Ley de Salvaguarda y los reparos de la Contraloría General de la República.

IV. FORTALECIMIENTO DE LAS POTESTADES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA POR VIRTUD DE LA PROMULGACION DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.

1. Fortalecimiento de la potestad investigativa.
2. Fortalecimiento de la potestad sancionadora.

V. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Pienso que una exposición sobre la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Contraloría General de la República en el marco del presente seminario, es decir, respetando la temática asignada a los otros conferencistas, no puede tener otro sentido que el de exponer nuestro criterio personal acerca de los siguientes aspectos: 1) Cuáles son las competencias conferidas a la Contraloría en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público; 2) De qué manera se relacionan los diversos procedimientos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Contraloría General; y, 3) En qué medida han sido ampliadas las potestades de la Contraloría por virtud de la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

En este sentido reconozco que así concebida, es decir, como mera exégesis de la normativa que rige la materia, la exposición no será prolija en referencias doctrinarias y carecerá de comparaciones con ordenamientos extranjeros. Es más, carecerá incluso de consideraciones críticas acerca de las formas jurídicas adoptadas en la Ley recién promulgada; creo, por lo que respecta a esta última carencia, que ya promulgada la Ley, es decir, escogido ya un camino a transitar en la lucha anticorrup-tiva, en esta primera fase de existencia de dicha Ley, antes que preocuparse por elucubraciones críticas de sentido preciosista, lo que se impone es la más modesta tarea de hallar los criterios de interpretación adecuados que permitan que su aplicación sea eficaz en relación al propósito perseguido por el legislador, a fin de que en el más breve lapso se convierta en Derecho Vigente, en el más exacto y científico sentido de esta última expresión, es decir, en normatividad que exprese una realidad.

Por otra parte, creo conveniente precisar desde estas mis primeras palabras, que soy de opinión de que la búsqueda de adecuados criterios jurídicos de interpretación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público debe estar guiada por la idea de que lo que ha querido el Congreso de la República es precisamente fortalecer al máximo tanto a los organismos de control de la cosa pública como a las instituciones de determinación de la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas indicadas en dicha Ley. Así, es fácil advertir entonces, que carecen de objeto las opiniones que han adversado la Ley desde cuando era pro-

yecto, esgrimiendo el argumento de que se estarían concediendo excesivos poderes a algunas instituciones de control. Desde esta perspectiva, pues, abordará seguidamente el desarrollo de los tres aspectos antes referidos.

II

COMPETENCIAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN MATERIA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El esquema de las competencias atribuidas por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público a la Contraloría General de la República, puede expresarse debidamente reduciendo dichas competencias a tres grandes grupos, a saber: competencias relativas al control de las declaraciones juradas de patrimonio; competencias relativas a la determinación de indicios de responsabilidad civil y penal; y, en fin, competencias relativas a la determinación y sanción de responsabilidades administrativas.

La enumeración de atribuciones y deberes de la Contraloría General de la República, contenida en el artículo 22 de la Ley, puede efectivamente concentrarse en los tres citados grupos de competencias. Si quisiéramos ser más rigurosos en esta labor de sistematización, pudiéramos decir que puesto que todo lo relativo a las declaraciones juradas de patrimonio, es actividad instrumental destinada a lograr los propósitos a que se refieren las competencias relativas a la determinación de indicios de responsabilidades civiles y penales, el esquema se reduciría a dos grandes grupos; sin embargo, dado que la materia de las declaraciones juradas de patrimonio ha recibido en la Ley un tratamiento tan elaborado, al punto que se le dedica todo un Título, creemos que se impone, en esta exposición, un desarrollo autónomo. Veamos seguidamente en qué forma han sido consagrados tales grupos de competencias en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en el entendido de que al indicar dichas competencias deberemos también interpretar adecuadamente las normas que las consagran.

1. *Competencias relativas al control de las declaraciones juradas de patrimonio*

De conformidad con lo previsto en los numerales 1) y 2) del artículo 22 de la Ley recién promulgada, corresponde a la Contraloría General de la República, recibir, admitir, estudiar, cotejar, ordenar y

archivar las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas, así como exigir la formulación y presentación de dichas declaraciones en las oportunidades y condiciones en que lo juzgue necesario. Como es bien sabido la Ley ha mantenido la figura de la referida declaración como instrumento para la detección del enriquecimiento ilícito y para la calificación del mismo por vía indirecta o de la presunción prevista en la misma Ley. Dicha figura ha sido regulada extensamente en el Título II de la Ley, estableciéndose, de manera bastante precisa, entre otros aspectos, la obligación de presentar dicha declaración (Art. 5), la oportunidad del cumplimiento de tal obligación (Arts. 5 y 12), los sujetos obligados y los exceptuados (Arts. 2, 7 y 14), el alcance de las verificaciones a efectuarse sobre las declaraciones (Arts. 11, 15, 16, 17 y 18), y, en fin, las formas para constreñir al cumplimiento de dicha obligación (Arts. 5, 10, 18 y 19); aspectos estos sobre los cuales habrá de extenderse la acción de la Contraloría General de la República para poner en acto las atribuciones y deberes a que se refieren los citados numerales 1) y 2) del artículo 22.

Ahora bien, antes de pasar a desarrollar cada uno de estos aspectos, permítaseme una reflexión en torno a la regulación de la declaración jurada de patrimonio, a fin de llamar la atención sobre la necesidad de admitir, que más que un instrumento realmente efectivo para la detección y calificación del enriquecimiento ilícito, ella debe ser entendida como un elemento moralizador que opera como permanente advertencia al funcionario de que su patrimonio se halla vigilado, de suerte que los bienes que le ingresaren ilícitamente podrían ser fácilmente detectados. Sin querer quitarle valor práctico a la institución de la declaración jurada de patrimonio, no debe dejar de señalarse que pudiera ser ilusorio pensar que ella constituye una barrera efectiva contra el funcionario deshonesto; es evidente que éste con la misma disposición con que delinque, tratará de hallar los medios de satisfacer la obligación de declarar sin que sus declaraciones —ni siquiera cotejadas entre sí— revelen su enriquecimiento ilícito. Pareciera, pues, que la institución de la declaración jurada más que lograr que el funcionario corrupto se abstenga de incurrir en conductas ilícitas, en realidad para lo que sirve es para evitar que el funcionario honesto se degrade corrompiéndose.

Pasemos ahora, pues, a analizar cada uno de los aspectos sobre los cuales habrá de extenderse la acción de la Contraloría en esta materia de la declaración jurada de patrimonio.

El artículo 5º de la Ley consagra *la obligación* de declarar al disponer que las personas sujetas a ello “deberán hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas”. El artículo 6º, por su parte, establece que dicha declaración deberá ser hecha bajo juramento de decir verdad, en papel común sin estampillas, por ante los funcionarios que el Contralor General de la República autorice para recibirla, quienes deberán otorgar constancia de haberla recibido y enviarla a la Contraloría dentro de los diez días continuos siguientes a la fecha en que hubiere sido hecha. Obviamente, está también previsto que en el extranjero la declaración se haga ante el respectivo representante diplomático o consular de la República. Asimismo, dentro de los aspectos que merecen resaltarse de la forma como está consagrada la obligación de declarar, destacan las previsiones contenidas en los artículos 8º y 9º, los cuales disponen cuál ha de ser el contenido de la declaración y cuál la forma de describir los bienes y acreencias activas y pasivas sujetas a declaración. Finalmente, llama particularmente la atención la facultad concedida a la Contraloría General de la República, en el artículo 23 de la Ley, para aclarar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la obligación de hacer declaración jurada en las investigaciones que practique de conformidad con la Ley.

Como bien puede observarse, de las citadas normas se desprende, en relación a la Contraloría, la necesidad de atender un conjunto de actividades que sólo difieren de las que realizaba en esta misma materia antes de la promulgación de la Ley que rige sus funciones, de una parte, en el hecho de que ahora, al retomarlas, tendrá que designar, por Resolución del Contralor General de la República, a los funcionarios públicos autorizados para recibir las declaraciones juradas de patrimonio; y, de otra parte, en el hecho de que ahora posee facultad para aclarar dudas en materia de interpretación de la obligación de presentar declaración jurada de patrimonio.

En cuanto se refiere a la regulación de *la oportunidad* en que se debe satisfacer la obligación de declarar, cabe destacar que además de la oportunidad a la cual alude el citado artículo 5º, es decir, dentro de los treinta días siguientes al inicio y a la cesación del ejercicio de la función pública, el artículo 12 de la Ley faculta a la Contraloría, a exigir en cualquier tiempo la presentación de la declaración jurada de patrimonio. En punto a esta cuestión de la oportunidad de la presentación de la declaración conviene hacer notar que el legislador introdujo

un cambio de gran importancia. En efecto, la disposición contenida en el artículo 3º de la próximamente derogada Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito expresa, que “Dentro de los treinta días siguientes a la *aceptación del cargo* y a la fecha en que *cesen en su ejercicio*, los funcionarios o empleados públicos deberán hacer declaración jurada”. Por su parte, tal como lo dijimos anteriormente, el artículo 5º de la Ley de Salvaguarda, dispone que los sujetos obligados “deberán hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual *cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas*”. Es fácil advertir cómo la utilización del singular por parte de la Ley derogada no dejaba lugar a dudas en cuanto a que la obligación surgía cada vez que se aceptaba y se dejaba un cargo público; en tanto que el empleo de la forma plural, por parte de la Ley de Salvaguarda obliga a pensar que la obligación de declarar, ahora, surge únicamente al inicio y al final de la carrera del funcionario y no cada vez que cambie de cargo en el curso de su carrera en la función pública; claro está, en el entendido de que cada vez que renuncie para retirarse de la administración pública, deberá declarar. Creemos que esta interpretación es la correcta por las siguientes razones: 1) En el curso de la discusión y elaboración de esta Ley el cambio de redacción obedeció a que originalmente se pensó en una declaración inicial que luego se iría actualizando anualmente; desechada esta idea de la actualización no se volvió, sin embargo, a la redacción que supone una declaración por cada cargo. 2) La circunstancia de que se trata de una declaración inicial y otra al final de la carrera, se halla complementada por la posibilidad prevista en el artículo 12, que permite a la Contraloría, exigir la formulación de la declaración en cualquier tiempo. 3) No parece sensato plantearse como objeción a esta interpretación, aludir al prolongado período que pudiere haber entre una declaración y otra en la carrera de un funcionario, pues casi podría decirse que es ley estructural en la función pública que el funcionario que permanece en la carrera es precisamente el funcionario honesto. Y, 4), esta interpretación luce más racional si se piensa en el volumen de declaraciones juradas de patrimonio a controlar.

Los sujetos obligados a presentar declaración jurada de patrimonio han sido definidos en la Ley, básicamente, a partir del criterio de la relación de servicios con los entes públicos. En efecto, la enumeración de sujetos contenida, en los numerales 1) y 2) del artículo 2º de la Ley, norma esta a la cual nos remite la que consagra la obligación de declarar, es indicativa de que estarán obligados a presentar declaración jurada de patrimonio, en principio, todas aquellas personas que estén al servicio

de la República, de las entidades federales, municipios o de algún instituto o establecimiento público, en el entendido de que se considera, por lo que se refiere a las empresas públicas con forma de derecho privado, que sólo están al servicio del Estado, sus directores y administradores. Nótese que mientras nos hemos estado refiriendo a los sujetos obligados, a pesar de que el artículo 5º nos remite al artículo 2º el cual tiene tres numerales, hasta el momento sólo nos hemos referido al numeral 1) que alude a los funcionarios propiamente dichos y al numeral 2) referente a los directores y administradores de empresas del Estado, y hemos omitido todo señalamiento al numeral 3) como contenido de otra categoría de obligados a declarar. Esta voluntaria omisión se debe a que la figura comprendida en dicho numeral, es decir, "cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente Ley" aparece como muy confusa, pues si con ella se quiere hacer referencia a las personas que sin ser servidores públicos se les puede exigir declaración, otras disposiciones de la Ley, como el artículo 45, se refieren a tales personas como sujetos distintos a los indicados en el artículo 2º. Por otra parte, es explicable el hecho de que dada la amplitud con que fueron concebidos los numerales 1) y 2) del artículo 2º de la Ley, se haya estructurado, tal como lo hace el artículo 7º, un cuerpo de *excepciones a la obligación* de presentar declaración jurada, en el que se conservan las tradicionales excepciones relativas a los docentes, a los militares, a los miembros de las academias, comisiones de legislación y cuerpos consultivos, y como novedad se faculta a la Contraloría General de la República para, mediante resolución motivada, definir empleos que por la naturaleza de las funciones que cumplen deben quedar exceptuados de la obligación de declarar; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ordenar, a cualquiera de las personas exceptuadas, que formule declaración jurada cuando ello fuere necesario con motivo de investigaciones que practique la Contraloría. En esta materia, pues, la Ley confiere una importante función a la Contraloría en la medida en que la autoriza a crear excepciones adicionales a las creadas por la propia Ley.

Conviene detenerse también en las normas de la Ley que regulan o definen *el alcance de las verificaciones que habrá de efectuar la Contraloría* sobre las declaraciones juradas de patrimonio. El artículo 15 de la Ley establece el principio de que recibida la declaración, la Contraloría procederá a verificar la sinceridad de la misma y a cotejarla, de ser el caso, con la declaración anterior. A estos efectos, la misma Ley, en su artículo 11, dispone que las personas obligadas a declarar prestarán las facilidades necesarias para verificar la sinceridad de las decla-

raciones. Asimismo, en armonía con la garantía contenida en el artículo 63 de la Constitución, la misma norma de la Ley autoriza la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos, facturas, etc., de las personas obligadas a declarar, al tiempo que obliga a los institutos bancarios a abrir las cajas de seguridad de sus clientes sometidos a averiguación cuando se lo exija la Contraloría. Es más, la Ley contiene una previsión, la del párrafo segundo del artículo 8º, que obliga a que la declaración incluya una autorización expresa e irrevocable del declarante facultando a la Contraloría para que sean investigadas sus cuentas y bienes situados en el extranjero. En fin, los artículos 16, 17 y 18 regulan la incidencia que pudiere presentarse si antes de la admisión de la declaración, la Contraloría formulare observaciones a la misma por no adecuarse a las exigencias de forma y contenido previstas en la Ley o por existir dudas acerca de la exactitud de los datos contenidos en ella. Dicha incidencia deberá ser decidida por la Contraloría, alternativamente, con la admisión de la declaración para el supuesto de que el declarante la corrija o presente los documentos probatorios del caso, o con la apertura de la averiguación prevista en el artículo 48, destinada a determinar hechos irregulares presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito en el caso de que la declaración sea insincera por dolo imputable al declarante. Debe agregarse, a mayor abundamiento, que si el error u omisión en la declaración fuere culposo, la Contraloría, de oficio, hará las correcciones necesarias, instando al superior jerárquico para que amoneste al declarante. Ahora bien, de todo cuanto disponen las normas antes citadas se desprende que, en condiciones normales —es decir, cuando se trate de funcionarios o empleados no sujetos a investigación— las verificaciones de la Contraloría no tendrán otro objeto que analizar la regularidad de la forma como ha sido presentada la declaración y, seguidamente, cotejarla con la declaración anterior para el caso de que ésta existiere. Creemos que no es posible pensar que la Contraloría, en toda declaración y al momento de recibirla deba verificar su sinceridad al punto de tener que comprobar, por ejemplo, si existen otros bienes que el Declarante no ha incluido en su declaración o si los incluidos son bienes supuestos, incorporados en la declaración con el ánimo de encubrir un futuro enriquecimiento ilícito. Creemos si, que en todo caso en que, por existir una declaración anterior, sea posible cotejar la declaración presentada, tal cotejo deberá efectuarse obligatoriamente toda vez que en tal posibilidad de comparación está la esencia de la institución de la declaración jurada de patrimonio. Obviamente, pensamos que ante funcionarios o empleados sometidos, ya sea a la investigación previa a la admisión por dudas acerca

de la exactitud de los datos contenidos en la declaración, o bien sometidos a cualquiera de las otras investigaciones previstas en la Ley, la Contraloría deberá realizar todo tipo de verificaciones para comprobar la sinceridad de las declaraciones que les sean presentadas.

Finalmente, por cuanto se refiere a esta materia de las competencias de la Contraloría General de la República relativas al control de las declaraciones juradas de patrimonio, sólo nos queda pasar revista a las regulaciones contenidas en la Ley para *constreñir al cumplimiento* de la obligación de presentar dicha declaración jurada. A estos efectos la Ley contiene, de una parte, disposiciones que ordenan la retención del pago de remuneraciones o emolumentos tanto a las personas que no hubieren presentado la declaración jurada de patrimonio en el término señalado (Art. 10), como a aquéllas que habiéndola presentado no la hubieren corregido o complementado con los respectivos elementos probatorios, cuando así lo hubiere requerido la Contraloría (Art. 18). De otra parte, contiene también la Ley, disposiciones que facultan al Contralor para sancionar, con multa de quinientos hasta diez mil bolívares, a quienes omitieren hacer la declaración jurada de patrimonio dentro del término legal (Art. 19) con multa de quinientos hasta dos mil bolívares a quienes no presentaren en el término que se les hubiere fijado los documentos pedidos para comprobar la sinceridad de sus declaraciones juradas (Art. 19); con multa de quinientos hasta dos mil bolívares a los ordenadores de pago que infrinjan las disposiciones que obligan a efectuar las retenciones antes referidas (Art. 20); y en fin, con multa de quinientos hasta diez mil bolívares a las personas que infrinjan o desacaten la resolución de la Contraloría que les exija la declaración jurada de patrimonio, o que de algún modo impidan u obstaculicen las labores que la Contraloría deba efectuar para verificar la sinceridad de la declaración jurada de patrimonio presentada (Art. 21).

2. *Competencias relativas a la determinación de indicios de responsabilidad penal y civil*

De conformidad a lo previsto en el numeral 3) del artículo 22 de la Ley de Salvaguarda, entre los deberes y atribuciones de la Contraloría General de la República, está el de realizar y sustanciar las investigaciones que considere precedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la Ley de los cuales pueda derivarse responsabilidad penal o civil de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de la Ley. (La disposición alude también a la res-

ponsabilidad administrativa, pero no la mencionamos ahora porque a ella nos referiremos más adelante).

Asimismo, el artículo 30 de la Ley, reitera este principio al expresar que compete también a la Contraloría realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil, y remitir el resultado de sus actuaciones al Ministerio Público para que éste ejerza las acciones pertinentes.

Ahora bien, es conveniente destacar que, excepción hecha de las competencias atribuidas a la Contraloría que tienen que ver de manera directa con el procedimiento para la determinación del enriquecimiento ilícito y su restitución al patrimonio público, nada nuevo agrega la Ley de Salvaguarda a las previsiones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en materia de investigaciones de indicios de responsabilidad civil o penal. Efectivamente, tanto el artículo 86 como el 91 de esta última Ley, confieren a la Contraloría facultad para recabar indicios de responsabilidad penal y civil y enviar el expediente a las autoridades competentes para que éstas las hagan efectivas. Es más, ni siquiera la previsión contenida en la Ley de Salvaguarda según la cual la Contraloría General de la República podrá solicitar la colaboración del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, constituye realmente una novedad. El deber de colaboración de los servidores públicos establecido en el artículo 2º de la Ley de la Contraloría, permitía desde antes de la promulgación de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, la posibilidad de que la Contraloría solicitase tal colaboración.

En rigor de verdad, no otra podía ser la regulación de esta materia en la Ley, si se piensa que los actos de sustanciación en torno a hechos de los cuales pueda derivarse responsabilidad penal o civil, los realizará siempre la Contraloría, o en el marco del procedimiento para la determinación del enriquecimiento ilícito y su restitución al patrimonio público previsto en la Ley de Salvaguarda, o en el marco del procedimiento investigativo para determinar responsabilidad administrativa, previsto en el artículo 81 de la Ley que rige sus funciones. Analicemos seguidamente las competencias de la Contraloría directamente vinculadas al primero de dichos procedimientos.

La Ley, continuando en lo esencial una tradición jurídica patria, ha definido el enriquecimiento ilícito al señalar que incurre en dicha figura el funcionario o empleado público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por inter-

puesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas. La misma norma de la Ley señala que para la determinación del enriquecimiento ilícito se tomará en cuenta: a) La situación patrimonial del investigado; b) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; c) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento; y d) las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con algún ente público.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en los artículos 48 al 51 de la Ley de Salvaguarda, cuando del estudio de las declaraciones juradas de patrimonio, de la denuncia que formularsen el Ministerio Público o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría apareciere que se han cometido hechos irregulares contemplados en la Ley y presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría por auto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar todas las diligencias tendientes a demostrar los hechos ilícitos. En el curso de esta averiguación la Contraloría deberá citar y oír al investigado; a menos que, tal como está previsto, se realice la averiguación en ausencia de éste, para el caso de que no habiendo sido localizado, fuese citado públicamente y tampoco comparezca. Finalmente la Contraloría dará por terminada dicha averiguación por algunas de las siguientes alternativas, según sea el caso: a) Si no resultaren probados los hechos investigados, hará declaración expresa de ello; b) Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito o cualquiera de los otros delitos contemplados en la Ley, solicitará del Fiscal General de la República que intente las acciones penales y civiles correspondientes; c) Si resultare que el investigado está incurso en la comisión de hechos irregulares generadores de responsabilidad administrativa, decidirá lo conducente de conformidad con la Ley que rige sus funciones y con la Ley de Salvaguarda; d). Y, en fin, si resultaren comprobados daños y perjuicios causados a la administración solicitará del Fiscal General de la República que intente la acción civil respectiva.

Como bien puede observarse las atribuciones que en materia de determinación de indicios de enriquecimiento ilícito habrá de cumplir la Contraloría, deberá cumplirlas en el marco de un procedimiento reglado distinto al procedimiento de las averiguaciones administrativas que actualmente realiza de conformidad a la Ley que rige sus funciones. Necesariamente, deberán existir en dicho procedimiento las siguientes

actuaciones: un auto de proceder que identifique al investigado y dé cuenta de las razones que motivaron el inicio de la investigación; constancia de las diligencias realizadas y las pruebas reunidas; manifestación cierta de que se procedió a realizar lo que pudiéramos llamar la audiencia del investigado; y, en fin, resolución expresa que dé por terminado el procedimiento por alguna de las alternativas antes mencionadas. Ahora bien, al analizar las normas que regulan el referido procedimiento, a fin de precisar cuáles son los supuestos de hecho que podrían desencadenarlo, se advierte, con base en la expresión utilizada por el legislador "hechos irregulares contemplados por esta Ley y presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito", que las posibilidades que tiene la Contraloría para iniciar dicho procedimiento son: en primer lugar, la existencia de indicios de la comisión de alguno de los delitos contra la cosa pública del cual pueda derivarse la posibilidad de lucrarse para quien lo cometiere; y, en segundo lugar, la comprobación de la insinceridad dolosa de la declaración jurada de patrimonio, supuesto este previsto en el artículo 18 de la Ley y que pudiere surgir durante la incidencia para la admisión de la declaración ya antes referida. Es de hacer notar que en este último caso, tal insinceridad dolosa de la declaración pudiera evidenciarse, bien porque el declarante omitió bienes que por su número, ubicación, significación económica y otras circunstancias resulte inverosímil pensar que simplemente los olvidó al momento de la declaración, o bien porque indicó como origen de los bienes declarados actos o hechos jurídicos falsos. A este respecto, por cierto, es preciso señalar que el simple cotejo de declaraciones que revele un notable incremento de patrimonio no puede, por sí solo, dar lugar a la apertura de la averiguación, ya que mientras tal incremento no sea injustificado no constituye un "hecho irregular de los contemplados en la Ley", tal como lo exige el artículo 48; a todo evento, como quiera que tal cotejo deberá hacerse siempre a los efectos de la admisión de la declaración, es obvio que en estos casos, será en la incidencia prevista en los artículos 16, 17 y 18 cuando habrá de precisarse si procede o no iniciar el procedimiento previsto en el artículo 48.

Otra de las particularidades que deben destacarse de este procedimiento es que entre los sujetos posibles del mismo, pueden incluirse no sólo servidores públicos sino particulares respecto de quienes existan indicios de que han obtenido ilegalmente lucro por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquier ente público (Art. 45, numeral 2). Asimismo, deben destacarse, los poderes conferidos a la Contraloría para ordenar la retención de emolumentos y el aseguramiento de bienes de las personas investigadas. En efecto, según lo dispuesto

en el artículo 54 de la Ley, si existen fundados indicios de responsabilidad del investigado, la Contraloría podrá ordenar que se retengan preventivamente las remuneraciones o emolumentos del funcionario, cuando la investigación se refiera a fondos de los cuales éste aparezca directamente responsable en la averiguación; retención esta que podrá hacerse extensiva a los pagos que los entes públicos adeuden a contratistas cuando éstos aparezcan directamente implicados en las investigaciones que se practiquen. Asimismo, según el artículo 55, el Contralor General de la República cuando existieren indicios graves, solicitará por órgano de la autoridad judicial el aseguramiento de bienes del investigado hasta por el doble de la cantidad en que se estime el enriquecimiento ilícito o el daño causado al patrimonio público. Cabe advertir, por lo que se refiere al contenido de estas disposiciones últimamente citadas, que cuando en ellas se hace referencia a "fundados indicios de responsabilidad del investigado" o a "indicios graves", sin especificar el tipo de responsabilidad a que se refieren dichos indicios, debe obviamente entenderse que se trata de indicios de responsabilidad penal o civil deducidos del presunto enriquecimiento ilícito o de cualquier otro delito contra la cosa pública del cual pueda derivarse un daño al patrimonio público. Es conveniente destacar finalmente, por lo que se refiere a la regulación de este procedimiento en cuanto atañe a la Contraloría, que los artículos 56 y 57 de la Ley de Salvaguarda, reiteran dos principios que ya habían sido consagrados por la Ley Orgánica de Contraloría. Nos referimos, en primer lugar, al principio de la independencia y autonomía de los procedimientos investigativos realizados por la Contraloría con respecto a los procesos jurisdiccionales; y, en segundo lugar al principio según el cual las diligencias practicadas por la Contraloría tienen la fuerza probatoria que le adjudiquen las leyes adjetivas, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial. El primero de dichos principios se halla consagrado en el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría, y el segundo en el artículo 87 *ejusdem*.

3. *Competencias relativas a la determinación y sanción de responsabilidades administrativas*

El tantas veces citado artículo 22 de la Ley de Salvaguarda, en su numeral 4), dispone que es atribución de la Contraloría declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella. Asimismo, el artículo 27 expresa el principio de que la responsabilidad administrativa es competencia de la Contraloría y en consecuencia los organis-

mos públicos deberán remitirle todos los documentos e informes sobre hechos, actos y omisiones relativos a la eventual responsabilidad administrativa de los funcionarios. Igualmente, de cuanto disponen algunas otras normas de la Ley, tales como aquella ya reseñada que indica las alternativas de finalización del procedimiento en Contraloría para la determinación de indicios del enriquecimiento ilícito (Art. 51); así como la que indica lo procedente en caso de que declarada una responsabilidad administrativa no fuere oportunamente aplicada, por la administración activa, la sanción disciplinaria correspondiente (Art. 29); se desprende que para el legislador de la Ley de Salvaguarda, en principio, el procedimiento aplicable a la determinación de la responsabilidad administrativa prevista en dicha Ley, será el procedimiento consagrado en los artículos 81 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, al analizar las normas de la Ley de Salvaguarda relativas a la responsabilidad administrativa, se advierte que ellas introducen algunas innovaciones al esquema de determinación y sanción de esta responsabilidad, contenido en la Ley de Contraloría. Veamos en qué consisten estas innovaciones.

En primer lugar, el artículo 32 nos define expresamente lo que en la Ley de Salvaguarda se entiende por responsabilidad administrativa, cuando señala que el funcionario o empleado público, independientemente de la responsabilidad penal y civil, responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean *contrarios a una disposición legal o reglamentaria*. Cabe advertir que esta definición de la responsabilidad administrativa contiene en sí una definición de la irregularidad administrativa que difiere de la que la concibe como la transgresión de una obligación que no necesariamente debe estar predeterminada legal o reglamentariamente, pues pudiera derivar o de una instrucción de servicio, o de la misma naturaleza de la función o de la necesidad de mantener el buen orden administrativo. Piénsese que son frecuentes los casos en que la negligencia no constituye infracción de una norma expresa.

En segundo lugar, las normas de la Ley de Salvaguarda resultan innovadoras, cuando tipifican como irregularidades administrativas algunos supuestos de hecho expresamente señalados. Estos son los casos del depósito de fondos públicos en cuentas bancarias personales y el sobregiro en cuentas bancarias abiertas para el manejo de fondos públicos, ambos previstos en el artículo 36; y de todos los supuestos a que se refieren los artículos 39, 40 y 41, es decir, la expedición inde-

bida de justificativos de inasistencia al trabajo, el acaparamiento o negativa injustificada de formularios de la administración pública; y las contrataciones injustificadas, erogaciones dispendiosas y negligencias u omisiones dañosas.

En tercer lugar, es también novedoso que la Ley de Salvaguarda regule supuestos de hecho generadores de responsabilidad administrativa cuya determinación corresponderá a la Contraloría y que sin embargo, configuran faltas que nada tienen que ver con la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas al control de la Contraloría; circunstancia esta que es uno de los supuestos de la averiguación prevista en el artículo 81 de la Ley de Contraloría. Por ello es ésta una de las innovaciones más importantes en el sistema de la responsabilidad administrativa determinable por la Contraloría. Tradicionalmente, por interpretación lógica del citado artículo 81, se ha estimado que la responsabilidad administrativa determinable por el Organismo Contralor es una especial responsabilidad administrativa de carácter *fiscal o hacendario* a la que se encuentran sujetos funcionarios públicos o particulares que de una u otra forma intervengan en el manejo de fondos o bienes públicos; razón por la cual su determinación se le asignan al órgano de control de la Hacienda Pública y no a la administración activa. De ahora en adelante, por virtud de la promulgación de la Ley de Salvaguarda, la Contraloría podrá investigar y determinar responsabilidad administrativa en casos como el de la expedición indebida a particulares de justificativos de inasistencia al trabajo o el acaparamiento o negativa injustificada de formularios de la administración pública, casos estos, los cuales, pudieren no tener ninguna vinculación con el manejo, custodia o administración de fondos o bienes públicos. Más luego veremos si en estos casos, la investigación debe llevarla a cabo la Contraloría en el marco del procedimiento previsto en el mentado artículo 81 de la Ley que rige sus funciones.

En cuarto lugar, otra innovación importante, en relación al esquema de determinación y sanción de la responsabilidad administrativa contenido en la Ley de Contraloría, es que la Ley de Salvaguarda obliga a que toda declaración de responsabilidad administrativa dictada por la Contraloría, se acompañe de la sanción pecuniaria que sea procedente. Esto resulta de la interpretación concordante de lo dispuesto en los artículos 33 y 42 de la Ley. Por cierto que como veremos más adelante, en esta materia de las sanciones pecuniarias pudiera estar planteado un conflicto de leyes, puesto que mientras la Ley de Salvaguarda ordena sancionar con multa de un mil a cincuenta mil bolívares, toda

violación legal o reglamentaria no prevista en dicha Ley y que dé lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa, la Ley de Contraloría prevé en su artículo 93 varios casos de violaciones no contempladas en la Ley de Salvaguarda, que pueden dar lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa, sancionables con multas hasta de cien mil bolívares. Más adelante veremos cuál de las dos multas será la aplicable.

En quinto lugar, constituye también una innovación la facultad concedida al Contralor General de la República en el artículo 29 de la Ley de Salvaguarda, por medio de la cual, si luego de declarada una responsabilidad administrativa y transcurridos los treinta días previstos en el artículo 84 de la Ley de Contraloría, no se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, dicho funcionario solicitará del Fiscal General de la República que requiera de la administración activa la imposición de la sanción respectiva.

En sexto y último lugar, constituye también una importante novedad la previsión relativa a la publicación, en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, de la decisión que se dicte al término de la averiguación, así como del auto por el cual se remita el expediente al Fiscal General de la República, cuando ello fuere pertinente (Art. 28). Debe destacarse que esta publicación está llamada a cumplir un triple objetivo; de una parte, dar cuenta exacta del pronunciamiento de la Contraloría y así evitar las especulaciones tendenciosas acerca del verdadero sentido de la decisión; de otra parte, proscribir la injusta desigualdad proveniente del hecho de que en función al interés de los medios de comunicación, sólo se da publicidad a algunas decisiones; y, en fin, permitir el control de las decisiones de la Contraloría por parte de la opinión pública.

III

RELACIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO Y LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

De cuanto se ha dicho hasta el momento se advierte que la Ley de Salvaguarda hace referencia a diversos procedimientos en los cuales en alguna forma tiene participación la Contraloría. En efecto, en dicha Ley, existen normas que regulan el procedimiento para la determinación del enriquecimiento ilícito y su restitución al patrimonio público,

existen normas relativas al procedimiento para la determinación de la responsabilidad administrativa; existen normas relativas a investigaciones para la sustanciación de indicios de responsabilidad civil y penal por hechos acaecidos en la gestión de la cosa pública distintos al enriquecimiento ilícito; y, en fin, existen normas que facultan u obligan a la imposición de sanciones pecuniarias. Ahora bien, puesto que la Ley Orgánica de la Contraloría, contiene normas que se refieren a algunas de estas materias, así como también a otras estrechamente vinculadas a ellas, se impone el análisis de la relación existente entre los procedimientos previstos en la Ley de Salvaguarda y aquellos establecidos en la Ley de Contraloría con el fin de responder a las siguientes cuestiones: ¿De qué manera debería abordar la Contraloría los distintos procedimientos? ¿Las sanciones pecuniarias previstas en la Ley de Salvaguarda suponen siempre una declaratoria formal de responsabilidad surgida de una averiguación llevada a cabo en conformidad al artículo 81 de la Ley de Contraloría? ¿Son las sanciones pecuniarias previstas en la Ley de Salvaguarda las que se imponen en los supuestos del artículo 93 de la Ley de Contraloría que constituyen hechos generadores de responsabilidad administrativa? ¿Por virtud de la Ley de Salvaguarda la figura del reparo de la Contraloría sufre alguna modificación? Seguidamente trataremos de dar respuesta a estas interrogantes.

1. *La Contraloría General de la República y los distintos procedimientos previstos en la Ley de Salvaguarda*

Ya antes dijimos que de conformidad a la Ley de Salvaguarda el procedimiento que deberá realizarse en Contraloría y que tiene que ver con la determinación del enriquecimiento ilícito, es distinto al previsto para la determinación de la responsabilidad administrativa. Asimismo dijimos que en materia de responsabilidad administrativa, en principio, la Ley de Salvaguarda remite al procedimiento previsto en el artículo 81 de la Ley de Contraloría. De manera, pues, que parece no haber dudas en el sentido de que la Contraloría deberá sustanciar dichos procedimientos en expedientes separados. Esto deriva incluso del hecho de que en el procedimiento relativo al enriquecimiento ilícito deberá existir desde el inicio del mismo un indiciado conocido a quien pudiere darse el caso, no se le imputa la comisión de un hecho concreto, sino que se le exige la justificación de un notable aumento de patrimonio, en tanto que por el contrario, el procedimiento de la determinación de responsabilidad administrativa, puede iniciarse sin un indiciado conocido, y

además, una vez determinado éste deberá imputársele la comisión de hechos concretos.

Ahora bien, lo que sí no aparece claro en la Ley de Salvaguarda es si todos los casos de responsabilidad administrativa previstos en ella, deben ser procesados a través del procedimiento de la averiguación prevista en el artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En nuestra opinión los casos a que se refieren los artículos 39 y 40 de la Ley de Salvaguarda, es decir, aquellos relativos a la expedición indebida a particulares de justificativos de inasistencia al trabajo, o acaparamiento o negativa injustificada de formularios de la administración pública; en la medida en que no se les pueda considerar como violaciones del orden hacendístico o fiscal —porque no causan un daño al patrimonio público, en el primer caso, o no se refieran a tramitaciones vinculadas a la gestión de la Hacienda Pública, en el segundo caso— no podrán ser determinados, en vía principal, a través de la averiguación a que se refiere el artículo 81 de la Ley de Contraloría. Si dichos hechos se dieran en la forma señalada, esto es, sin ser violaciones del orden hacendístico o fiscal, la Contraloría procederá a imponer la sanción pecuniaria allí prevista observando únicamente el procedimiento que normalmente se utiliza para imponer este tipo de sanciones, vale decir, dejando constancia de las verificaciones de rigor y exteriorizando su decisión mediante Resolución motivada que se notificará al sancionado y al Ministro de Hacienda, para la emisión de la correspondiente planilla de liquidación, tal como lo prevé el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En otro orden de ideas, es conveniente reiterar que la Ley de Salvaguarda no prevé por lo que respecta a la Contraloría, ningún procedimiento específico, distinto al relativo al enriquecimiento ilícito, para la realización de investigaciones destinadas a recabar indicios de responsabilidad penal o civil. En efecto, las actuaciones que realice la Contraloría, encaminadas a determinar la existencia de un delito contra la cosa pública que no sea generador o revelador de enriquecimiento ilícito, como sería, por ejemplo, el delito de malversación previsto en el artículo 60 de la Ley de Salvaguarda y consistente en la aplicación de fondos a finalidades diferentes a las presupuestadas, deberán ser llevadas a cabo en el marco de una averiguación para determinar responsabilidad administrativa o en la fase administrativa del procedimiento para la determinación del enriquecimiento ilícito y restitución al patrimonio público, pero siempre como una derivación de la investiga-

ción del hecho principal. Asimismo, toda actuación destinada a recabar indicios de que se ha causado un daño al patrimonio público, será siempre una derivación de otro procedimiento específico.

2. *La declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias*

Como es sabido, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en su artículo 33 dispone, que la Contraloría, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes de acuerdo a las previsiones que dicha Ley contiene. Asimismo, es conocido que sus previsiones contienen una serie de supuestos de hecho generadores de responsabilidad administrativa a las cuales asigna como sanción multas de diversos montos. Así, los artículos 35 y 36 sancionan con multa de un mil a cincuenta mil bolívares, tanto la adquisición, sin previa autorización o sin disponibilidad presupuestaria, de compromisos que puedan afectar la responsabilidad del respectivo ente público; como el depósito de fondos públicos en cuentas bancarias personales y el sobregiro en cuentas abiertas para el manejo de fondos públicos. Igualmente, los artículos 39 y 40, como vimos, sancionan con multas de quinientos a cinco mil bolívares y de dos mil a diez mil bolívares, respectivamente, la expedición insincera de justificativos de inasistencia al trabajo y el acaparamiento o negativa injustificada de formularios de la administración pública. Por otra parte, el artículo 41, sanciona con multa de diez mil a quinientos mil bolívares toda una serie de contrataciones injustificadas, gastos dispendiosos y negligencias y omisiones dañosas. Además, el artículo 42 señala, que toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en dicha Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Ahora bien, el estudio de dichas normas plantea la necesidad de determinar en primer lugar, si la imposición de todas esas sanciones pecuniarias, por parte de la Contraloría, deberá estar precedida de una declaratoria formal de responsabilidad administrativa; y, en segundo lugar, si, en aquellos casos previstos en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que constituyen hechos generadores de responsabilidad administrativa, debe continuar aplicándose la multa hasta cien mil bolívares establecida en dicha norma, o si por el contrario, deben aplicarse las multas previstas en la Ley de Sal-

vaguarda, toda vez que algunos de los casos del artículo 93 de la Ley de Contraloría, están también previstos en la Ley de Salvaguarda, y por lo que respecta a los no previstos esta última Ley ordena que se sancionen con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Por lo que se refiere al primero de los problemas antes citados, se puede afirmar que si bien es cierto que toda declaración de responsabilidad administrativa, dictada por la Contraloría como culminación de la averiguación prevista en el artículo 81 de su Ley, deberá, en lo adelante, estar acompañada de la respectiva sanción pecuniaria tal como lo ordena la Ley de Salvaguarda, no es cierto que toda sanción pecuniaria impuesta por hechos generadores de responsabilidad administrativa debe estar precedida de una tal declaratoria. Ya antes vimos que en los casos de expedición indebida a particulares de justificativos de inasistencia al trabajo y de acaparamiento o negativa injustificada de formularios de la administración pública, en tanto y en cuanto no se pueda considerar estos hechos como violaciones hacendísticas o fiscales porque no causan un daño al patrimonio público o no se refieran a actos vinculados a la gestión de la Hacienda Pública, no se les podrá procesar a través de la averiguación administrativa prevista en el artículo 81 de la Ley de la Contraloría. De presentarse estos casos, sin que se les pueda calificar como violaciones hacendísticas o fiscales, la Contraloría los sancionará imponiendo la multa respectiva, pero sin someterlos a la averiguación administrativa prevista en el citado artículo 81, desde luego que no se trataría de errores, omisiones o negligencias en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos. Obviamente, estos son casos de aplicación de sanciones pecuniarias por hechos generadores de responsabilidad administrativa, sin acto formalmente declarativo de tal tipo de responsabilidad. Pero, aún más, nosotros creemos que en todos los casos de irregularidades administrativas previstos en la Ley de Salvaguarda, procede la aplicación de la sanción pecuniaria correspondiente sin necesidad de la declaratoria formal de responsabilidad administrativa, cuando el hecho se halle evidentemente probado y su autoría reconocida por el funcionario infractor. A esta conclusión se arriba si se piensa que, al no haber variado, en lo esencial, el sistema de determinación de responsabilidad administrativa previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría, y, teniendo en cuenta que ésta permite sancionar hechos evidentemente generadores de responsabilidad administrativa tales como la malversación, la rendición incorrecta de cuentas y la evasión del control previo de los contratos, con la multa prevista en su artículo 93 y sin necesidad de la averiguación prevista en el artículo 81;

nada obsta, en consecuencia, para admitir que se pueda obviar el procedimiento investigativo regulado en la última de las normas citadas, en los casos de las violaciones expresamente previstas en la Ley de Salvaguarda, evidentemente comprobadas y cuya autoría haya sido reconocida por el infractor. En efecto, no debe olvidarse que el procedimiento de la averiguación administrativa previsto en la Ley de Contraloría fue concebido como un instrumento cuyo empleo ha de combinarlo el Organismo Contralor con otros que la misma Ley le otorga y entre los cuales se encuentra, precisamente, la figura de la multa, conjuntamente con otros como los reparos y las improbaciones. Es esta concepción, por lo demás, la que explica, la discrecionalidad que se advierte, tanto en la expresión francamente facultativa utilizada por el legislador de la Ley de Contraloría, en el tantas veces citado artículo 81 cuando afirma: "La Contraloría *podrá* realizar investigaciones", como la previsión contenida en el artículo 91 de la misma Ley, que permite abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares, caso en el cual remitirá las actuaciones practicadas a la autoridad competente para que sean proseguidas; norma esta que con frecuencia ha sido utilizada por la Contraloría para suspender averiguaciones en curso y ordenar que se proceda a la imposición de la respectiva sanción pecuniaria. De manera pues, que a nuestro juicio nada obsta para que también se admita, bajo la vigencia de la Ley de Salvaguarda, la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias por hechos generadores de responsabilidad administrativa, cuando éstos se hallen evidentemente comprobados y reconocidos por sus autores.

Ahora bien, por cuanto concierne al segundo de los dos problemas antes planteados, es decir, el relativo a cuál de las multas previstas tanto en la Ley de Contraloría como en la Ley de Salvaguarda, será la aplicable en los casos a que se refiere el artículo 93 de la Ley de Contraloría, se observa lo siguiente: Efectivamente, algunos de dichos casos, tales como la indebida rendición de cuentas prevista en el numeral 7º del citado artículo, y la malversación de fondos públicos contemplada en el numeral 8º, configuran violaciones no previstas expresamente como ilícitos administrativos en la Ley de Salvaguarda, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de esta última Ley, pudiera pensarse que deben ser sancionados con la multa de un mil a cincuenta mil bolívares prevista en dicho artículo en lugar de la multa hasta cien mil bolívares contemplada en la Ley de Contraloría. Es más, en el caso de evasión del control previo de los contratos, que es un supuesto que entra perfectamente en la previsión residual del nume-

ral 9º del artículo 93 de la Ley de Contraloría, pudiera pensarse que puesto que constituye también una hipótesis subsumible en lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Salvaguarda, debiera sancionarse con la multa de un mil a cincuenta mil bolívares consagrada en esta disposición, en lugar de la multa hasta de cien mil bolívares del artículo 93 de la Ley de Contraloría. Sin embargo, si se advierte que el legislador de la Ley de Salvaguarda no ha pretendido, en absoluto, derogar —y ni siquiera disminuir en su alcance— las previsiones de la Ley Orgánica de la Contraloría, como se desprende, tanto de las remisiones hechas a las disposiciones de esta última Ley, como del hecho de que ninguna disposición de la Ley de Contraloría es mencionada en el artículo 109 de la Ley de Salvaguarda, el cual contiene la enumeración de las normas legales derogadas por ésta, es necesario concluir que en los casos de hechos irregulares subsumibles en los supuestos del artículo 93 de la Ley de Contraloría, la sanción aplicable será la multa hasta cien mil bolívares allí prevista.

3. *La Ley de Salvaguarda y los reparos de la Contraloría General de la República*

Constituye ya una figura de tradición en la actividad de control externo de la Hacienda Pública en Venezuela, la muy conocida institución del reparo de la Contraloría General de la República. En doctrina a dicha institución se le ha definido como una tacha u observación formulada por la Contraloría a la cuenta de un administrador de gastos, ingresos o bienes públicos, cuando de dicha cuenta se desprenden errores u omisiones que alteren su debido equilibrio financiero en perjuicio del patrimonio público. Dicha institución posee un desarrollo bastante detallado en cuanto se refiere a las cuentas de los ingresos, gastos y bienes nacionales, y en este sentido la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República tanto con ocasión de la regulación del procedimiento para el examen y feneçimiento de las cuentas de gastos nacionales, como luego en el capítulo expresamente dedicado a los reparos, contempla la normativa que define en líneas generales los caracteres fundamentales de esta institución. Menos evolucionada se haya, sin embargo, esta figura en la administración descentralizada; no obstante, el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Contraloría discretamente contempla, que cuando se evidencien irregularidades que causen perjuicios pecuniarios a los institutos autónomos, la Contraloría formulará los reparos correspondientes, siguiéndose en este caso los procedimientos previstos para la administración central, en cuanto fueren aplicables.

Es fácil advertir que de todo cuanto se ha expuesto, se desprende palmariamente el carácter de instrumento para hacer efectiva, en vía administrativa, la responsabilidad patrimonial de los empleados de hacienda, que tiene la figura del reparo. Baste a este respecto citar la disposición del artículo 5 de la Ley de Contraloría, que otorga carácter de título ejecutivo al reparo que haya quedado firme por no haber sido contradicho o por falta de oportuno ejercicio de los recursos correspondientes. Es este, pues, un instrumento para hacer efectiva esa especial responsabilidad patrimonial de carácter objetivo llamada por la doctrina, responsabilidad contable, y a la que están sujetos los empleados de Hacienda por su gestión en el manejo de fondos o bienes públicos.

Ahora bien, ¿significa la promulgación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la cual, como hemos visto a lo largo de esta exposición, contiene normas que regulan la manera de proceder a hacer efectiva la responsabilidad civil de los funcionarios públicos frente a la administración, que la institución del reparo de la Contraloría debe sufrir alguna modificación? De manera categórica debemos afirmar que dicha institución no sufre variación ninguna por virtud de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Esto se desprende, no sólo de la afirmación antes hecha que nos indica que la Ley de Salvaguarda no ha pretendido derogar ni disminuir el alcance de las disposiciones de la Ley de Contraloría, sino también del sentido de la norma contenida en el artículo 34 de la Ley de Salvaguarda, según la cual la responsabilidad civil de los funcionarios o empleados públicos por daños causados al patrimonio público, se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes. Y siendo las normas legales que consagran el procedimiento del reparo, las previsiones pertinentes que regulan la manera de iniciar una modalidad especial de persecución de la responsabilidad patrimonial de los empleados de hacienda por los daños que causen a los bienes y fondos de los cuales son gestores, debe entenderse que siguen plenamente vigentes tales previsiones legales. De manera, pues, que en todos aquellos casos en que la Contraloría advierta que la cuenta de un empleado de hacienda, sea de la administración central o de un instituto autónomo, presente errores u omisiones que significan un perjuicio al patrimonio de la República o del respectivo instituto, podrá formular el correspondiente reparo; ello será siempre así, independientemente de que la respectiva cuenta se encuentre en formación por estar en plena vigencia el respectivo ejercicio presupuestario, o de que haya sido ya rendida a los efectos de su examen y fenecimiento.

IV

FORTALECIMIENTO DE LAS POTESTADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA POR VIRTUD DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Creo que no ha sido difícil advertir a lo largo de esta exposición, que efectivamente las potestades de la Contraloría General de la República han resultado fortalecidas por la Ley de Salvaguarda. A lo largo de ella hemos hablado de potestades que antes no tenía la Contraloría, y de las que dispone ahora por virtud de la Ley de Salvaguarda. Así, hemos hablado de potestades de imponer sanciones pecuniarias en supuestos distintos a los que señala la Ley de la Contraloría; citamos también competencias para ordenar retención de remuneraciones y para solicitar aseguramiento de bienes; y señalamos, igualmente, competencias para solicitar del Fiscal del Ministerio Público que requiera la aplicación de sanciones disciplinarias. Ahora bien, este fortalecimiento de las potestades de la Contraloría deriva no sólo de que en algunos aspectos, como los indicados, han sido otorgadas nuevas competencias, sino también como consecuencia de que en áreas en las cuales se discutían el alcance y extensión de las competencias de la Contraloría, la Ley ha aclarado y precisado expresamente dichas competencias. Trataremos de exponer, seguidamente, en qué medidas ha operado este fortalecimiento de las competencias de la Contraloría, centrando nuestro análisis únicamente en lo que se refiere a la potestad investigativa y a la potestad sancionadora del Organismo Contralor.

1. *Fortalecimiento de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República*

Es de todos conocido, y a ello ya nos hemos referido anteriormente, que la Contraloría es competente, tal como lo dispone el artículo 81 de la Ley Orgánica que rige sus funciones, para realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias; aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones.

Ahora bien, es indudable que la potestad investigativa contenida en la disposición antes referida, ha sido sensiblemente fortalecida por

todas las normas de la Ley de Salvaguarda que otorgan a la Contraloría nuevas competencias tales como las antes indicadas. Empero, quizás lo más importante del fortalecimiento de la potestad investigativa de la Contraloría, desde el punto de vista cualitativo, no esté en estas nuevas asignaciones de competencias, sino en las precisiones que ha introducido en lo que al alcance de dicha potestad se refiere. En efecto, en algunas ocasiones se ha discutido —y yo me incluyo entre quienes en alguna oportunidad lo discutieron— el verdadero alcance de esta potestad investigativa de la Contraloría, al punto de negar que el Organismo Contralor pueda realizar averiguaciones administrativas en las empresas públicas; más concretamente en las sociedades del Estado. La más reciente versión de esta interpretación restrictiva la formuló el distinguido profesor José Mélich Orsini, en un artículo publicado en el número diez de la *Revista de Derecho Público* del año que recién terminó, en el cual, a propósito de una decisión del Organismo Contralor, expone, con gran vehemencia, los argumentos fundamentales de dicha tesis. Dichos argumentos se contraen a afirmar, en lo esencial, que la Constitución, por interpretación concordante de los artículos 230, 234 y 235, separó el régimen de control sobre los intereses del Estado en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, del régimen de control que la Contraloría puede ejercer sobre la administración central, los institutos autónomos y las administraciones estatales y municipales; y en este sentido la única norma de rango legal que legitima la actuación de la Contraloría en las sociedades del Estado es el artículo 64 de la Ley de Contraloría, norma esta que sólo faculta a dicho Organismo para practicar auditorías, ejercer funciones de control de gestión a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecúa a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados, y, consecuentemente, a activar los mecanismos del control societario o accionario correspondiente, mas no a realizar averiguaciones administrativas ni mucho menos declarar responsabilidades administrativas al personal de dichas empresas.

Dicha tesis, sin embargo, lucía como realmente insostenible, en primer lugar, porque partía de una premisa absolutamente falsa cual es esa supuesta distinción de los regímenes de control que habría hecho el constituyente, para la administración central, los institutos autónomos y las administraciones estatales y municipales, de un lado, y, para las sociedades del Estado, de otro lado; en segundo lugar, porque olvidaba que en la Ley de Contraloría además de modalidades de control aplicables a todos los entes sujetos al control de la Contraloría, existen otras que son aplicables sólo a algunos entes, lo que explica la particular

referencia del artículo 64 a las auditorías y controles de gestión; en tercer lugar, porque olvidaba que el control de la Contraloría no significa sustitución de los mecanismos societarios, sino controles adicionales asignados al máximo ente fiscalizador del patrimonio público; y en fin, porque olvidaba también que la forma en que está concebida en la Ley de Contraloría, la potestad investigativa de esta institución, permite declarar responsabilidad administrativa no sólo a quienes no son funcionarios públicos en el momento de la declaratoria, pero lo fueron cuando la ocurrencia de los hechos investigados, sino también a los particulares que hayan intervenido en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos públicos, y el personal de las empresas públicas, en el supuesto de que no pudiese ser equiparado a los funcionarios públicos, constituiría, cuando menos, un caso de particulares que en alguna forma intervienen en el manejo, administración o custodia de bienes o fondos de entes sujetos al control de la Contraloría.

Ahora bien, toda esta discusión antes referida, en la cual, por lo demás ha querido incluirse también a las fundaciones constituidas por el Estado, deja de tener objeto por virtud de las previsiones de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En efecto, al quedar considerados, en el artículo 2º, como funcionarios públicos a los efectos de esta Ley, los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio esté integrado con aportes de las entidades indicadas en el artículo 4º; al quedar definido, en el artículo 4º, lo que se entiende por patrimonio público e integrar en dicha definición todas las formas de descentralización administrativa, incluidas las sociedades del Estado y las fundaciones constituidas por el Estado; al quedar establecido, además, en el artículo 25, que la Contraloría tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público; al quedar establecido en el artículo 32, que los funcionarios o empleados públicos, entre los cuales se cuentan, como quedó dicho, a los directores y administradores de sociedades del Estado, responden administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria; y, en fin, al quedar contemplado en el artículo 27, que la determinación de la responsabilidad administrativa es de la competencia de la Contraloría; es obvio que queda absolutamente fuera del Derecho la discusión acerca de si la Contraloría tiene o no competencias para realizar averiguaciones administrativas en las empresas públicas. Es evidente, pues, que es esta precisión introducida por la Ley de Salvaguarda, la que revela más claramente el fortalecimiento de la potestad investigativa de la Contraloría.

2. *Fortalecimiento de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República*

Aparece evidente también que de las potestades de la Contraloría que han sido fortalecidas ocupa lugar principal la potestad sancionadora. No vamos a repetir aquí cuanto ya dijimos al respecto, cuando nos referimos a las formas de constreñir al cumplimiento de la obligación de presentar declaración jurada de bienes, o cuando analizamos la declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias. En tal oportunidad vimos que por virtud de la Ley de Salvaguarda, es indudable que, en el futuro, la Contraloría poseerá mayores poderes para imponer sanciones.

Ahora bien, lo que hemos reservado para esta parte de nuestra exposición, son los comentarios a una norma de la Ley de Salvaguarda que, a nuestro juicio no debe ser olvidada. Nos referimos a la norma del artículo 43 de la Ley, la cual contiene, entre otros, dos dispositivos, a mi juicio, de singular importancia en lo que se refiere al fortalecimiento de las potestades de la Contraloría. Uno, el que atañe a la posibilidad de solicitar del Fiscal General de la República que intente la acción civil de cobro de las multas impuestas en aplicación de la Ley de Salvaguarda que no hayan sido canceladas al término del plazo acordado para ello. Y el otro, el relativo a la posibilidad de acordar la conversión en arresto, de las multas que el fiscal haya declarado de cobro imposible, en cuyo caso el funcionario no percibirá emolumento alguno, mientras dure la medida. Entiendo que estos dos dispositivos son relativamente importantes, pues soy del criterio que la multa debería convertirse en el gran instrumento de sanción del ilícito administrativo, por parte de la Contraloría; y la utilización efectiva de estos dos dispositivos, debería ser lo que evite que tal instrumento se convierta en una fuente más de ese rubro de la Hacienda Pública, conocido por todos bajo la denominación de "Derechos Pendientes".

V

CONCLUSIONES

Creo haber expuesto, a grandes rasgos, la problemática que plantea a la Contraloría General de la República la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Al menos ese ha sido mi propósito. Hemos omitido intencionalmente, toda referencia a la

incidencia que la promulgación de la Ley pueda tener en la estructura organizativa de la Contraloría, porque, al parecer, todo indica que lo más viable, en estos momentos, es tratar de atender con la estructura actual, los cometidos que se le confieren, sin perjuicio de introducir los correctivos a medida que la práctica concreta los vaya imponiendo. Hemos omitido también todo juicio de valor acerca del sistema contenido en la Ley como instrumento de lucha contra la corrupción, no sólo porque este aspecto constituyó el tema de otro conferencista, sino porque como lo dijimos al inicio, bueno o malo, es el que ahora existe y de lo que se trata es de aplicarlo.

LOS RECURSOS CONTRA EL AUTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA *

MANUEL RACHADELL

SUMARIO

INTRODUCCION

I. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO

A. Antecedentes. B. La responsabilidad administrativa como forma autónoma de responsabilidad. C. Evolución de los efectos del auto de responsabilidad administrativa. a. Primera etapa: un auto sin efectos jurídicos. b. Segunda etapa: un auto con efectos jurídicos en discusión. c. Tercera etapa: los efectos actuales del auto de responsabilidad administrativa. D. Las normas que rigen el procedimiento constitutivo del auto de responsabilidad administrativa.

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. El órgano que produce el acto. B. Las normas que regulan los recursos administrativos. a. Problema de la Ley preferente en la regulación de los recursos administrativos. b. Regulación del Recurso de Reconsideración. c. Regulación del Recurso Jerárquico. d. Regulación del Recurso de Revisión. e. Normas comunes para los diferentes recursos. f. La fundamentación de los recursos.

III. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. Diferentes clases de recursos en vía jurisdiccional. B. Tribunal competente para conocer del Recurso.

IV. ASPECTOS COMUNES A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

A. Problemas relacionados con la ejecución de las sanciones administrativas y la suspensión de los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa. a. La ejecución de las sanciones disciplinarias derivadas del auto de responsabilidad administrativa. b. La

* Este trabajo fue publicado en la edición de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos, N° 2, Caracas, 1983, pp. 79 a 122.

ejecución de la sanción de multa derivada del auto de responsabilidad administrativa. c. El principio *solve et repete* y la sanción de multa. B. Problemas relativos a la ausencia de tipicidad y a las facultades discrecionales de la Contraloría. a. Ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo. b. Otras facultades discrecionales de la Contraloría. c. Los límites a los poderes discrecionales de la Contraloría. C. Problemas relativos al control de la necesidad del gasto y al control de precios. a. El control de la necesidad del gasto. b. El control de los precios.

INTRODUCCION

En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (en lo adelante LOSPP), se establece, entre los deberes y atribuciones de la Contraloría General de la República, los siguientes:

Realizar y sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la presente Ley o de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley (Art. 22, num. 3º).

Declarar la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella (Art. 22, num. 4º).

Las sanciones pecuniarias a que se refiere la norma transcrita son las multas contempladas en el Título IV *ejusdem*, las cuales oscilan entre un mil y cincuenta mil bolívares, por una parte, y entre diez mil y quinientos mil bolívares, por la otra, según el caso de que se trate. Cuando impuesta una sanción de multa, sea imposible su cobro a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República podrá acordar su conversión en arresto (Art. 43, LOSPP), de conformidad con la regla prevista en el artículo 106 de la ley, esto es, a razón de un día de arresto por cada mil bolívares de multa. Además, las faltas administrativas contempladas en los ordinales 1º al 9º del artículo 41 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y que dan origen a la declaratoria de responsabilidad administrativa, se convierten en tipos penales cuando los funcionarios que incurrir en ella, "por sí o por interpuesta persona se procuren alguna utilidad, ventaja o beneficio económico", tal como lo dispone el artículo 78 de la LOSPP.

Adicionalmente cabe señalar que la declaratoria de responsabilidad administrativa tiene un efecto desencadenante en cuanto a la responsa-

bilidad disciplinaria, civil y penal, tal como hemos tenido ocasión de analizar en otro lugar.¹

Por estas razones, y consagrado como ha sido en nuestra Constitución el derecho a la defensa, interesa formular algunas consideraciones sobre las normas y principios legales en que puede fundamentarse un funcionario público sometido a investigación por el Órgano Contralor, o declarado responsable en lo administrativo por el mismo, para realizar su defensa en vía administrativa o en vía jurisdiccional .

A estos fines, estudiaremos, en primer lugar, la declaratoria de responsabilidad administrativa como acto administrativo; en segundo lugar, los recursos administrativos contra dicho acto y, por último, la impugnación del mismo en vía jurisdiccional.

I. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO ACTO ADMINISTRATIVO

A. *Antecedentes*

En el inicio de nuestras instituciones republicanas se adoptó un sistema de control sobre las finanzas públicas a imagen y semejanza del modelo europeo: por una parte, se dejó al Poder Ejecutivo el control previo y posterior sobre los compromisos, los pagos y los ingresos públicos; por la otra, se creó, conforme a la ley del 14 de octubre de 1830, el Tribunal de Cuentas, con las atribuciones de examinar las cuentas de los funcionarios de hacienda, formular reparos a las mismas, condenar al pago de los reintegros a que hubiere lugar, hacerlos efectivos y expedir los correspondientes finiquitos.

Por virtud de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 4 de junio de 1918, se suprimió el Tribunal de Cuentas y se organizó el control de las finanzas públicas así: de un lado se creó la Contaduría General de Hacienda, dependiente del Ministerio de Hacienda, con las funciones de centralizar, controlar y examinar las cuentas de ingresos, egresos y bienes nacionales; del otro, se asignó al Tribunal Superior de Hacienda la competencia para conocer de los juicios de cuentas contra los funcionarios de Hacienda cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparo y no convinieren en aceptar dichos reparos y pagar los alcances.

1. *Vid.* Rachadell, Manuel: "Naturaleza y Efectos de la Declaratoria de Responsabilidad Administrativa", en *Libro Homenaje al Profesor Moles Caubet*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

Una nueva reforma se produjo en esta materia con la promulgación de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional del 15 de julio de 1938. Con este instrumento se creó la Contraloría General de la República, lo cual significó un abandono parcial del modelo europeo que se había seguido en el control de las finanzas públicas. En efecto, la Contraloría General de la República se constituyó como un "organismo administrativo autónomo", en relación al Poder Ejecutivo, a imitación de la "Contraloría General de la República" de Chile, creada en 1927, e inspirada a su vez en el sistema del "General Audit" americano.² A estos fines, se atribuyeron a nuestra Contraloría las funciones de la Contaduría General de Hacienda (Sala de Centralización y Sala de Examen), a las cuales se agregó la Sala de Control que se creó en la reforma de 1938.

B. *La responsabilidad administrativa como forma autónoma de responsabilidad*

En la administración comparada la responsabilidad de los funcionarios públicos asume generalmente tres tipos: civil, penal y administrativa o disciplinaria. Entre nosotros, la responsabilidad administrativa es diferente de la responsabilidad disciplinaria, pues mientras esta última es declarada por el órgano de la Administración con potestad disciplinaria, esto es, el superior jerárquico, la responsabilidad administrativa es pronunciada por un órgano de control fiscal externo a la Administración.

La existencia en nuestro país de cuatro tipos de responsabilidad es consecuencia, en parte, de la evolución que hemos señalado antes en cuanto al control de las finanzas públicas, y, en alguna medida también, en que el Poder Ejecutivo no ha sido suficientemente diligente para sancionar con severidad las faltas de sus funcionarios, o ha privado el "espíritu de cuerpo", la solidaridad o la complicidad en la Administración, por lo cual ha sido necesario atribuir potestades sancionatorias a órganos administrativos (no judiciales) diferentes a la Administración activa. Así pues, el incumplimiento de los funcionarios públicos a los deberes de sus cargos puede ser sancionado judicialmente, mediante una sentencia, cuando se dan condiciones para que proceda la responsabilidad civil o penal; o puede ser sancionado administrativamente, esto es, mediante un acto administrativo. El acto administrativo

2. Véase: Guy Braibant, Nicole Questiaux y Céline Wiener: *Le Contrôle de l'administration et la protection des citoyens*, publicación de la Bibliothèque de l'Institut International d'Administration Publique. Cujas, París, 1973, p. 227.

sancionatorio contra el funcionario público puede ser pronunciado por el superior jerárquico a quien corresponda, cuando se dan los supuestos de la responsabilidad disciplinaria o puede emanar del órgano contralor, cuando se configura la hipótesis para que la responsabilidad administrativa se haga procedente. En ambos casos la responsabilidad proviene de un acto administrativo, pero la naturaleza, los efectos, las vías de impugnación de ambos actos son diferentes, así como también son distintos los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde conocer de los recursos respectivos.

C. *Evolución de los efectos del auto de responsabilidad administrativa*

Estimamos importante señalar que ha habido una variación muy significativa en los efectos del auto de responsabilidad administrativa que declara la Contraloría General de la República. Esa evolución podríamos resumirla así:

a) *Primera etapa: un auto sin efectos jurídicos*

En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, instrumento que regulaba las atribuciones de la Contraloría General de la República, se establecía que las averiguaciones que abriera la Contraloría terminarían indispensablemente "por un acto de sobreseimiento, si se encontraba que no había motivos fundados para proceder, o bien por una declaratoria de absolución o culpabilidad" (Art. 172, num. 7º). Cabía preguntarse, antes de 1970, por el significado y los efectos de esta declaratoria de culpabilidad. Hasta ese momento, no había ninguna disposición legal que fijara las consecuencias jurídicas de tal acto, por lo cual el Departamento Jurídico de la Contraloría había opinado que:

La averiguación administrativa prescrita en el numeral 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no es un procedimiento contencioso que debe rematarse con *decisión* que, al quedar firme, cause ejecutoria, sino previo o preparatorio, con el fin de proporcionarle a la Administración Pública la certeza de los elementos de que vaya a valerse para someter a juicio a los empleados de Hacienda que hubiesen faltado a sus deberes, y de precaverla, en consecuencia, contra el riesgo de incurrir en tilde de ligereza o de temeridad al incoar tales procesos.³

3. Cfr. *Dictámenes de la Consultoría Jurídica*, 1938-1963. Tomo II, Contraloría General de la República. Caracas, 1963, p. 249.

En esta misma etapa, Brewer-Carías sostenía que el auto de responsabilidad administrativa no tenía efectos directos ni era recurrible, en los siguientes términos:

No siendo el acto de declaratoria de responsabilidad administrativa un acto definitivo que produce efectos directos sobre el funcionario público, sino preparatorio, pues en él no se impone sanción alguna, ese acto no es recurrible en vía contencioso-administrativa, aun cuando sea un acto que cause estado, es decir, irrevisable en vía administrativa; será el acto administrativo de la Administración activa que imponga la sanción disciplinaria en base al acto de control, el acto administrativo que en este caso será recurrible.⁴

Ahora bien, en esta primera etapa se pensaba que debían ampliarse las facultades de la Contraloría en cuanto a la imposición directa de sanciones a los funcionarios. Así, Brewer-Carías escribe en 1965:

Sería deseable, en este aspecto, la existencia de una mayor coordinación entre la función investigativa del organismo Contralor y la actividad jerárquica disciplinaria y, quizás, una mayor injerencia de las entidades fiscalizadoras en esta última función, con el objeto de hacer efectivas y reales las consecuencias de la actuación negligente o de las omisiones de los funcionarios públicos, lo que contribuiría notablemente al mantenimiento de ese elevado nivel ético en la Administración Pública.⁵

Por su parte, la Contraloría General de la República de nuestro país propuso un acuerdo que fue aprobado por el II Congreso Latinoamericano de Instituciones Fiscalizadoras, celebrado en Santiago de Chile en 1965, según el cual:

Entre las potestades de las entidades fiscalizadoras debe hallarse la de aplicar directamente sanciones administrativas a aquellos agentes que incurran en irregularidades en la recaudación, custodia, administración e inversión de los fondos o bienes del Estado.⁶

-
4. Brewer-Carías, Allan Randolph: "Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa, emanados de la Contraloría General de la República", en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 37, Caracas, 1966, p. 61.
 5. Brewer-Carías, Allan Randolph: "Aspectos de la Actividad Contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias". *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 129. Caracas, enero a junio de 1965.
 6. Cit. por Silva Cimma, Enrique: *El Control Público*. Publicaciones de la C.G.R., Caracas, 1976, p. 91.

b) *Segunda etapa: un auto con efectos jurídicos en discusión*

En las discusiones finales de la Ley de Carrera Administrativa, el Congreso de la República incluyó, a proposición de la Comisión de Administración Pública, entre las causales de destitución de los funcionarios públicos sometidos a dicha Ley, la "condena penal que implique privación de libertad o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" (Art. 62, ord. 5º). A partir del 4 de setiembre de 1970, fecha de promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, se entendió que la declaratoria de "culpabilidad administrativa" implicaba automáticamente la obligación de la Administración de sancionar con destitución al funcionario inculcado. Sin embargo, el Tribunal de la Carrera Administrativa sentenció reiteradamente que, para que la destitución fuera procedente, era necesario que el auto de "culpabilidad administrativa" hubiera adquirido la condición de firmeza, esto es, que no se hubieran interpuesto los recursos administrativos o contencioso-administrativos contra el acto de la Contraloría, o que habiéndose intentado tales recursos, los mismos hubieran sido desestimados.

Ahora bien, en fecha 4 de enero de 1975, se dictó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para entrar en vigencia seis meses después de su promulgación, y en la misma se estableció que:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos, se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría (Art. 84).

Con base en esta disposición, se sostuvo que la norma contenida en el artículo 62, ordinal 5º de la Ley de Carrera Administrativa, no era una causal "objetiva" de destitución, al igual que la condena penal, sino que el superior jerárquico debía valorar la conducta del funcionario inculcado y aplicar "razonadamente" una sanción disciplinaria, de acuerdo a la gravedad de la falta. Tal sanción podía oscilar entre la amonestación verbal y la destitución, en el caso de los funcionarios sometidos a la Ley de Carrera Administrativa. En las faltas de mayor gravedad, la destitución podría estar acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, en los términos del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Por nuestra parte, estuvimos de

acuerdo con esta interpretación, en contra del criterio que sustentaba la Contraloría, por considerar que:

Esta interpretación es la más acorde con nuestra tradición administrativa, porque de lo contrario sería admitir que la Contraloría pudiera sustituirse al superior jerárquico para aplicar sanciones de destitución, lo cual sería una interferencia de un órgano de control en el funcionamiento de la administración activa.⁷

Sin embargo, estuvimos de acuerdo con Enrique Sánchez Falcón en cuanto a que el superior jerárquico, en todo caso, debía aplicar alguna sanción al funcionario declarado culpable, dada la redacción de la norma que comentamos.⁸

c) *Tercera etapa: los efectos actuales del auto de responsabilidad administrativa*

Desde la vigencia de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, los efectos del auto de responsabilidad administrativa pronunciado por la Contraloría General de la República son los siguientes:

i) *Efecto directo: la sanción de multa*

Según se dispone en el Art. 33 de la LOSPP, la sanción de multa corresponde aplicarla directamente a la Contraloría General de la República:

La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley.

Por la redacción de la norma transcrita se infiere que la Contraloría está obligada a imponer la sanción de multa en todos los casos en que declare la responsabilidad administrativa de un funcionario. En cuanto al monto de la multa, la Contraloría puede graduarla según lo dispone el artículo 43, *eiusdem*:

7. Véase nuestro trabajo citado en la nota 1, p. 165.

8. *Vid.* Sánchez Falcón, Enrique: "Contribución al estudio de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República", en la *Revista de Control Fiscal*, N° 77, Caracas, 1975, p. 72.

Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta Ley, se tomará en cuenta la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado.

Como consecuencia de la imposición de la multa, la Ley contempla como efecto de la declaratoria de responsabilidad administrativa, de un lado, la causación de intereses desde el momento en que se vence el término para cancelar la multa, calculados a la rata del doce por ciento anual, y del otro, la conversión de la multa en arresto conforme lo disponen los artículos 42 y 106 de la LOSPP. Además, en caso de arresto, el primero de los artículos antes citados prevé la suspensión de todo tipo de emolumento para el funcionario mientras dure la medida.

ii) *Efecto desencadenante: la responsabilidad disciplinaria, civil y penal*

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, los términos en que está redactada la LOSPP hacen pensar que el Legislador considera que no siempre se deriva la sanción de destitución para el funcionario declarado responsable en lo administrativo, pero que el superior jerárquico debe aplicar, en todo caso, alguna sanción. Así, dispone el artículo 29, *ejusdem*:

Si la averiguación administrativa culminare con una declaratoria de responsabilidad administrativa y transcurrieren los treinta días establecidos en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sin que se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República *requerir* de la Administración la imposición de la sanción que estime pertinente. De la decisión de la Administración podrán recurrir el Ministerio Público o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa.

Además de la sanción disciplinaria, cuya imposición parece ser obligatoria para la Administración, el funcionario declarado administrativamente responsable puede, eventualmente, ser objeto de procesos judiciales con vistas a determinar su responsabilidad civil o penal.

Conforme al último párrafo del artículo 32, LOSPP, "la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil". Sin embargo, afirmamos que el auto de la Contraloría tiene un

efecto desencadenante sobre la responsabilidad civil y penal, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 51 *ejusdem*, en concordancia con el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el órgano contralor debe instar al Fiscal General de la República para que inicie las acciones ante los tribunales correspondientes cuando de la averiguación administrativa surgieran indicios de responsabilidad civil y penal. En segundo lugar, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSPP, que repite lo establecido en el artículo 87 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República, los hechos comprobados por la Contraloría en la averiguación administrativa tienen fuerza probatoria en los juicios civiles o penales que se instauren por ante los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, en las condiciones previstas en la ley. En tercer lugar, porque cuando de las investigaciones del órgano contralor resultare que existen fundados indicios de que el investigado ha incurrido en enriquecimiento ilícito, la Contraloría podrá ordenar que se retengan preventivamente las remuneraciones, prestaciones o pensiones del funcionario, cuando la investigación se refiera a fondos de los cuales éste aparezca directamente responsable en la averiguación (Art. 54 LOSPP).

iii) *Efecto de sanción social: la publicación del auto de responsabilidad administrativa*

En el artículo 28 de la LOSPP se dispone que:

Concluida la investigación, la Contraloría General de la República publicará en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, la decisión que en ella recaiga y el auto por el cual remita al Fiscal General de la República el expediente respectivo, cuando ello sea pertinente.

Con anterioridad a la sanción de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público habíamos expresado que, salvo contados casos, la declaratoria de responsabilidad administrativa carecía de efectiva trascendencia, puesto que no tenía, en sí misma, más consecuencias que la de constatar el incumplimiento de determinados deberes por parte de un funcionario público. Desde el punto de vista jurídico, tal declaratoria no podía ser considerada como una sanción contra el funcionario inculgado, pero: "...si el auto de responsabilidad administrativa

de la Contraloría se dicta no por contravenciones formales, sino cuando el funcionario ha incurrido en actos de corrupción administrativa, y además a esta declaratoria se le da la debida publicidad, no hay duda que estamos en presencia de una sanción que por su gravedad casi podría asimilarse a la nota censoria que existió en el derecho romano”.⁹

Como sanción social, la publicación del auto de responsabilidad administrativa en la *Gaceta Oficial* tiene tanta gravedad como prestigio tengan las decisiones de la Contraloría. En tal virtud, los efectos morales del acto se desvirtuarían si la Contraloría utilizara sus potestades jurídicas para sancionar a los funcionarios por motivos baladíes o puramente formales, si la sanción fuera desproporcionada en relación a la falta, o si existiera la convicción social de que la Contraloría realiza sus investigaciones con fines diferentes a los del interés general o en forma discriminatoria frente a algunos grupos de ciudadanos.

Aparte de esos supuestos, que esperamos no se presenten, la publicidad del auto de responsabilidad administrativa plantea algunos problemas por la forma como está regulada. En efecto, la ley dispone que la decisión que recaiga en la investigación se publicará en la *Gaceta Oficial* una vez concluida la misma. Cabe preguntarse, por una parte, si las decisiones de absolución o sobreseimiento deben publicarse, lo cual no tendría sentido; por la otra, cuál es la oportunidad para esa publicación.

Esta última interrogante es pertinente por cuanto se desprende del artículo 28 LOSPP, antes citado, que la publicación debe efectuarse al concluir la investigación, esto es, al pronunciarse la declaratoria de responsabilidad administrativa. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el funcionario, al recurrir administrativa o jurisdiccionalmente contra el acto que lo declara responsable logra la revocación o la nulidad de dicho acto? La ley no prevé que el acto del Contralor que revoque la declaratoria de responsabilidad administrativa o la sentencia del tribunal que anule dicho acto deba ser, a su vez, publicado en la *Gaceta Oficial*, como un desagravio contra el funcionario injustamente inculpado. Por tal razón, debería entenderse que cuando la ley expresa que el auto se publicará “concluida la investigación”, se refiere a la oportunidad en que el acto ha quedado firme, es decir, cuando ha concluido definitivamente la investigación.

9. *Vid.* trabajo *cit.* en nota 1, pp. 178 y ss.

D. *Las normas que rigen el procedimiento constitutivo del auto de responsabilidad administrativa*

Las normas jurídicas que regulan el procedimiento de las averiguaciones o investigaciones que realiza la Contraloría, "en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias", son las siguientes:

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, promulgada el 4 de enero de 1975, con una reforma parcial promulgada el 19 de junio del mismo año (Arts. 81 al 91).

En segundo lugar, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, promulgada el 18 de diciembre de 1982, para entrar en vigencia el 1º de abril de 1983 (Arts. 22 al 31; 32 al 42 y 48 al 57).

En tercer lugar, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de fecha 27 de diciembre de 1977, en cuanto no se oponga a las leyes antes mencionadas (Arts. 35 al 37 y 49 al 62).

En cuarto lugar, el Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, del 19 de agosto de 1982 (publicado en la *Gaceta Oficial* extraordinaria, N° 3.001, del 19.8.82), en cuanto no contradiga las disposiciones antes indicadas (Arts. 57 al 80).

En quinto lugar, la Resolución Organizativa N° 3, dictada por el Contralor General de la República, del 19 de agosto de 1982, publicada en la *Gaceta Oficial*, antes mencionada, en cuanto se refiere a las funciones de la Dirección de Averiguaciones Administrativas, dependiente de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Art. 11).

Por último, en los casos no previstos en las normas legales antes mencionadas, y con precedencia sobre las normas reglamentarias u organizativas, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, promulgada el 1º de junio de 1981.

Es de hacer notar que las presentes consideraciones no se refieren a las averiguaciones y a las declaratorias de responsabilidad administrativa que puedan efectuar órganos diferentes a la Contraloría General de la República. En efecto, las contralorías de los Estados y de los Municipios, de acuerdo a las normas que los rigen, pueden efectuar averiguaciones y, eventualmente, declarar la responsabilidad adminis-

trativa de los funcionarios sometidos a su control. Así, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal se establece que:

A la Contraloría corresponderá además, instruir expediente para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales de su jurisdicción que hayan incurrido en falta en el cumplimiento de sus deberes. Si de la averiguación administrativa surgieren indicios de responsabilidad civil o penal, se enviará el expediente a las autoridades competentes para que éstas las hagan efectivas... (Art. 76).

Ahora bien, los autos de responsabilidad administrativa dictados por las contralorías estatales y municipales tienen los efectos jurídicos que les confieren las disposiciones que los regulan, pero los mismos carecen de toda consecuencia desde el punto de vista de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues en este instrumento legal sólo se atribuyen efectos a la declaratoria de responsabilidad pronunciada por la Contraloría General de la República.

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A. *El órgano que produce el acto*

Conforme a las normas que rigen actualmente la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, los órganos que pueden abrir la averiguación son diferentes al órgano que dicta la decisión. Así, se dispone en el artículo 57 del Reglamento Interno de la institución:

Las Direcciones Generales de Control de la Administración Central, Control de la Administración Descentralizada y Control de Estados y Municipios, tendrán competencia para abrir cualesquiera de las investigaciones a que se refiere la ley, cuando surgieren indicios de que tanto funcionarios como particulares que tengan a su cargo o intervengan de cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias; sustanciar todo tipo de pruebas en la sede del organismo o fuera de él; elaborar en cada caso un informe de las actuaciones practicadas y remitir el expediente respectivo a la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, a los fines de que culmine la averiguación.

Además, dispone el mismo Reglamento Interno en el artículo 58:

La Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos tendrá competencia para formular cargos cuando ello sea procedente y dictar los correspondientes autos de decisión. Para estos efectos podrá disponer la realización de las diligencias que estime necesarias en la sede del organismo o fuera de él.

Asimismo, corresponde a la Dirección de Averiguaciones Administrativas el ejercicio de las funciones que conforme a la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se derivan de las averiguaciones administrativas y de la decisión de declarar la responsabilidad administrativa, particularmente la siguiente:

La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa a que se refiere el artículo 2º de esta ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente ley (Art. 33 LOSPP).

En consecuencia de lo expuesto, el auto de responsabilidad administrativa dictado por la Dirección de Averiguaciones Administrativas es un acto definitivo, que puede ser recurrible en vía administrativa por las personas cuyos derechos subjetivos o sus intereses personales, legítimos y directos, se vean afectadas por la decisión, y mientras ésta no haya adquirido la condición de firmeza.

B. Las normas que regulan los recursos administrativos

En la LOCGR se regulan algunos aspectos relativos a los recursos administrativos: en primer lugar, el recurso de reconsideración (Arts. 96 y 97) y, en segundo lugar, el recurso de revisión (Art. 98). Estos artículos se refieren a los recursos administrativos, en general, contra los actos del Contralor y la ley contiene, además, disposiciones particulares sobre la impugnación de los reparos en los Arts. 100 a 111, *eiusdem*.

Ahora bien, en este instrumento legal no se establecen normas sobre el recurso jerárquico, y las referidas a los recursos antes mencionados (reconsideración y revisión) son sumamente incompletas. Por su parte, en el Reglamento de la LOCGR se incluye, bajo el Título VIII, un conjunto de disposiciones que regulan con algún detalle lo relativo a los recursos administrativos.

Por otra parte, desde el 1º de enero de 1982 entró en vigencia la LOPA, la cual dispone en el aparte único del artículo 1º:

Las administraciones estatales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente ley, en cuanto les sea aplicable.

Cabe entonces preguntarse si la LOCGR se aplica con preferencia a la LOPA en materia de recursos administrativos, y si los reglamentos de aquélla pueden regular aspectos de esta materia en oposición a lo establecido en esta ley.

a) *Problema de la ley preferente en la regulación de los recursos administrativos*

Cuando el Presidente de la República se dirigió al Congreso para solicitar el levantamiento de la sanción a la LOPA, la cual había tenido lugar el 8 de diciembre de 1980, entre otras consideraciones expuso:

La redacción del artículo 47 de la ley sancionada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 106, da a entender que el legislador acogió el criterio de uniformar todos los procedimientos administrativos, salvo aquellos regulados en norma de rango preeminente. Esta expresión carece de claridad terminológica, pues tratándose de una Ley Orgánica como es la Ley de Procedimientos Administrativos, la norma de rango preeminente sería la Constitución. Si lo que se quiso decir es que deben aplicarse los procedimientos administrativos contenidos en otras leyes orgánicas, el criterio no es el del rango, ya que todas ellas son iguales, sino el criterio de la especialidad. No obstante, debo observar que hay procedimientos administrativos contenidos en leyes ordinarias que, por su especialidad o por sus características propias, deben aplicarse preferentemente a los procedimientos previstos en la ley sancionada por las Cámaras. Piénsese en el procedimiento administrativo de despido de una directiva sindical regulado en la Ley del Trabajo; en el procedimiento de oposición a una patente o marca; en los procedimientos disciplinarios establecidos en la Ley de Carrera Administrativa; y en los procedimientos de reforma agraria.

En conformidad con esta observación, propuso el Presidente de la República la siguiente redacción:

Artículo 47: Los procedimientos administrativos contenidos en *leyes y reglamentos especiales* se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyen la especialidad.

El Congreso de la República acogió todos los planteamientos formulados por el Presidente en su solicitud de reconsideración, excepto el de dejar a salvo los procedimientos establecidos en *reglamentos especiales*.

Sin embargo, todas estas consideraciones se refieren al *procedimiento ordinario*, esto es, a una de las modalidades del procedimiento constitutivo del acto administrativo o procedimiento de primer grado, mas no a los procedimientos de impugnación o de segundo grado, que son los que se inician con los recursos administrativos. En efecto, la norma que deja a salvo los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales, se encuentra ubicada en el capítulo correspondiente al procedimiento ordinario, y la excepción se refiere al procedimiento ordinario previsto en dicho capítulo, y no a los recursos administrativos, que están regulados en otro título y en otro capítulo de la misma LOPA.

Luego, conforme a las disposiciones expresas de la LOPA, no se confiere preferencia a la regulación de los recursos administrados contemplados en otras leyes, como sería la LOCGR.

Pese a ello, nuestro criterio es el de que en materia de recursos administrativos tiene aplicación preferente lo dispuesto sobre esta materia en la LOCGR, por las siguientes razones:

En el artículo 1º de la LOPA, se dispone que la Contraloría General de la República ajustará sus actividades a dicha ley, "en cuanto le sea aplicable". Pero si en la Ley Orgánica que rige a la Contraloría se establecen disposiciones sobre una determinada materia, ya no le es aplicable la LOPA. A esta misma solución se llega por efecto de los principios que permiten resolver el conflicto de leyes: ambas leyes son orgánicas, pero si bien, la LOPA es posterior, ésta es una ley general de procedimientos, mientras que la de la Contraloría es una ley especial. En tal virtud, por aplicación del principio de la ley especial, se debe dar aplicación preferente a la LOCGR sobre la LOPA en materia de recursos administrativos.

Al margen del punto que nos ocupa, debo señalar que, en general, he sostenido que las leyes especiales, de rango ordinario (no orgánicas)

privan sobre la LOPA en materia de procedimientos de segundo grado y que la intención del legislador no ha sido la de uniformar el procedimiento de los recursos. Por supuesto que en las leyes especiales no se pueden desconocer garantías constitucionales como el derecho a la defensa, a la igualdad o a la imparcialidad de la Administración, que son precisamente aspectos que desarrolla la LOPA, pero sí se pueden normar en forma diferentes plazos, requisitos procesales o cualquier otra modalidad del procedimiento que no implique desconocimiento de garantías constitucionales. Esta posición, que no se fundamenta en una interpretación literal de la LOPA, deberá ser desarrollada en otra oportunidad.

Por de pronto, aún subsiste el problema de si los procedimientos administrativos pueden ser regulados en actos de rango sublegal. Sobre este aspecto, creemos, no existen posiciones divergentes: la LOPA se aplica por encima de los reglamentos, tanto en la regulación de los procedimientos de primer grado, como en lo relativo a los recursos administrativos. Sin embargo, ello no significa que desde la vigencia de la LOPA se hayan derogado las normas reglamentarias sobre procedimientos administrativos, sino que estas normas no pueden contradecir lo establecido en las leyes, como es normal en nuestro sistema jurídico. Ello significa que los reglamentos *praeter legem* cumplen una importante función en esta materia, pero que el legislador no aceptó la proposición del Ejecutivo de conceder fuerza derogatoria a los reglamentos frente a las disposiciones de la LOPA.

b) *Regulación del recurso de reconsideración*

Por aplicación de los principios antes enunciados, la regulación de este recurso queda establecida así:

i) El Contralor, y los funcionarios que actúen por delegación, podrán, de oficio o a petición de parte, reconsiderar sus decisiones por razones de legalidad o de mérito (Art. 96 LOCGR). También podrán reconsiderar sus decisiones, a solicitud del interesado, el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría por aplicación del artículo 94 de la LOPA.

ii) Los plazos para pedir la reconsideración serán los siguientes: las decisiones del Director de Averiguaciones serán recurribles en reconsideración dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del acto (Art. 94 LOPA); las decisiones del Contralor, o de los funcionarios que actúen por delegación de éste, dentro de los 10 días há-

biles siguientes a la notificación o publicación del acto (Art. 96 LOCGR). Por aplicación del Art. 42 LOPA, se entenderá siempre que los plazos establecidos en la ley y salvo que en la misma o en otra ley se disponga lo contrario, se computarán por días hábiles, con lo cual se descartan las disposiciones reglamentarias que se refieren a días continuos.

iii) Cuando la decisión emana del Contralor o de los funcionarios que actúan por delegación de éste, la interposición del recurso de reconsideración no es requisito para que se considere agotada la vía administrativa (Art. 94 LOCGR, lo cual coincide con las disposiciones de la LOPA).

iv) Cuando la decisión emana del Director de Averiguaciones Administrativas, es requisito indispensable interponer ante este funcionario el recurso de reconsideración, como condición de admisibilidad del recurso jerárquico, el cual, a su vez, agota la vía administrativa (Art. 95 LOPA).

A este respecto se observa: en primer lugar, el Director de Averiguaciones Administrativas, al dictar el auto de responsabilidad administrativa no actúa por delegación del Contralor, sino en ejercicio de atribuciones que le son propias. En efecto, diferente a la delegación es la distribución de competencias que hace el superior de una repartición administrativa cuando la ley se lo permite. Según prescribe el artículo 14 de la LOCGR, corresponde al Contralor "determinar las direcciones, divisiones, departamentos, oficinas y servicios, de conformidad con esta ley", y de acuerdo al Art. 12 *ejusdem*, corresponde al Contralor, "dictar las normas reglamentarias internas sobre la estructura, organización, competencia y funcionamiento de las Direcciones y demás dependencias de la Contraloría, de conformidad con lo previsto en esta ley". En consecuencia, cuando las atribuciones de la Contraloría están conferidas por la ley al órgano en su conjunto, el Contralor puede distribuir esas competencias entre las diferentes reparticiones, cuyos titulares las ejercerán como competencias propias, no delegadas. En cambio, cuando la ley asigna la atribución específicamente al Contralor o éste, en el Reglamento Interno, se reserva para sí una atribución que la ley confiere a la Contraloría, en este caso sí procede la delegación, y el funcionario que recibe la delegación actúa como si fuera el mismo Contralor, por lo cual éste no puede revisar las decisiones de aquél, como no sea en recurso de reconsideración, el cual es optativo para el administrado porque el acto ha agotado la vía administrativa. En este sentido, establece el Art. 16 de la LOCGR:

El Contralor podrá delegar en funcionarios de la Contraloría el ejercicio de determinadas atribuciones. Los actos cumplidos por los delegatarios producirán efectos como si hubiesen sido adoptados por el Contralor y, en consecuencia, contra ellos no se admitirá el recurso jerárquico. Los delegatarios no podrán subdelegar. La delegación aquí prevista, al igual que su revocatoria, surtirán efectos desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*.

En segundo lugar, la necesidad del recurso de reconsideración contra la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas, como un requisito para poder intentar posteriormente el recurso jerárquico, se fundamenta en la LOPA (Art. 95), puesto que la LOCGR no dispone nada al respecto. En esta materia se ha descartado el artículo 78 del Reglamento de la LOCGR, según el cual "no es necesaria la interposición de los recursos de reconsideración y jerárquico para entender agotada la vía administrativa...", por ser contrario a lo previsto en la LOPA. La exigencia de agotar la reconsideración antes de interponer el recurso jerárquico es una de las disposiciones más infelices de la LOPA, puesto que la reconsideración debería ser facultativa. Sin embargo, si una ley especial (aun cuando no sea orgánica), permite liberarse de este requisito, se aplica la ley especial por efecto del criterio que hemos expuesto anteriormente. En el caso que examinamos, lamentablemente, la LOCGR no suministra una base para descartar este requisito de la LOPA, y el Reglamento de aquélla no tiene fuerza derogatoria frente a ésta.

v) La tramitación y decisión del recurso de reconsideración se regula por la LOPA, puesto que la LOCGR no dispone nada al respecto. La decisión del recurso contra el auto emanado del Director de Averiguaciones Administrativas deberá producirse dentro de los 15 días siguientes al recibo del mismo.

c) *Regulación del recurso jerárquico*

La aplicación del principio de la ley preferente nos permite deducir la siguiente normativa sobre el recurso jerárquico.

i) En relación al auto de responsabilidad administrativa pronunciado por el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República, no existe ninguna disposición en la Ley Orgánica de dicha institución, aun cuando sí en el Reglamento de la misma. Por lo tanto, esta materia se rige por la LOPA y, supletoria-

mente por el Reglamento de la LOCGR en los aspectos en que las normas de éste no se opongan a los principios consagrados en la LOPA.

ii) El interesado, para evitar que el auto del Director de Averiguaciones Administrativas quede firme, debe interponer el recurso jerárquico contra el acto que decida el recurso de reconsideración, cuando en el mismo se resuelva no modificar el acto en la forma solicitada en el recurso de reconsideración, tal como lo establece el Art. 95 de la LOPA, en concordancia con el Art. 93, *ejusdem*. Asimismo, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se dispone que, cuando se trate de recursos de nulidad contra actos administrativos en efectos particulares, como sería el caso del acto del Contralor si confirmara la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas, en tal supuesto los recursos correspondientes serían declarados inadmisibles en la jurisdicción contencioso-administrativa por no haber agotado la vía administrativa, cuando los interesados no han hecho uso de los recursos administrativos que otorgan las leyes.

En este orden de ideas, queda descartado lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento de la LOCGR, en el sentido de que no es necesario interponer el recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa, por contradecir la normativa de la LOPA. En consecuencia de lo expuesto, los únicos actos en materia de responsabilidad administrativa que pueden ser recurribles en el contencioso-administrativo son los del Contralor, ya que los actos del Director de Averiguaciones Administrativas no agotan la vía administrativa.

iii) El lapso para interponer el recurso jerárquico ante el Contralor es de 15 días hábiles desde la notificación del acto del Director de Averiguaciones Administrativas en virtud del cual se desestima el recurso de reconsideración (Arts. 95 y 42 LOPA). En tal virtud se descarta la aplicación del lapso de 10 días continuos establecidos en el artículo 77, encabezamiento, del Reglamento de la LOCGR, para interponer el recurso jerárquico.

iv) El recurso jerárquico deberá ser decidido por el Contralor dentro de los 90 días hábiles a su presentación.

d) *Regulación del recurso de revisión*

i) Se rige este recurso extraordinario por la LOCGR y por la LOPA, con aplicación preferente de la primera en caso de colisión entre ambas.

ii) En la LOPA (Art. 97) se amplían los supuestos en que procede el recurso de revisión en relación a lo establecido en la LOCGR. En este caso se considera a la LOPA supletoria de la LOCGR y se admiten como válidos todos los supuestos de hecho contemplados en ambas leyes.

iii) Este recurso sólo puede interponerse ante el Contralor contra decisiones firmes y el plazo para intentarlo es el contemplado en el artículo 98 de la LOPA. El Contralor debe decidir dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación del recurso (Art. 99 LOPA).

e) *Normas comunes para los diferentes recursos administrativos*

Con la interposición de cualquiera de los recursos administrativos se inicia un procedimiento de segundo grado, o de impugnación, el cual se rige por las disposiciones de la LOPA a falta de regulación expresa en la LOCGR o en la LOSPP. A título de ejemplo señalamos algunas de las disposiciones de la LOPA que son aplicables a estos procedimientos:

i) Los interesados son aquellos definidos en el artículo 22 de la LOPA, y también los que se apersonen en el procedimiento conforme al artículo 23 *ejusdem*.

ii) Los interesados pueden hacerse representar cuando no se requiera su comparecencia personal (Art. 25 LOPA) y la representación podrá ser otorgada por simple designación en el recurso (Art. 26 LOPA).

iii) El expediente deberá ser uno sólo (Art. 31 LOPA), a cuyo efecto la Administración debe acordar, a solicitud de parte o de oficio, la acumulación de los expedientes que reúnan los requisitos contemplados en el Art. 52 de la LOPA.

iv) La carga de la prueba de los hechos incriminatorios contra el funcionario corresponde a la Contraloría (Arts. 53 al 56 LOPA). Los medios de prueba son los amplísimos contemplados en el Art. 58 *ejusdem*. Sin embargo, en estos procedimientos administrativos no tienen validez las pruebas de fotografías o grabaciones, a diferencia de lo que ocurre en los procesos que se ventilan ante los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, conforme al artículo 98 de la LOSPP.

En la recepción de los documentos que presenten los interesados se observarán las disposiciones contempladas en los artículos 44 al 46 de la LOPA.

v) Los funcionarios responsables de la sustanciación y decisión de las averiguaciones administrativas y que se encuentren incurso en causales de inhibición, deberán inhibirse conforme a lo dispuesto en los artículos 36 al 40 de la LOPA, de lo contrario deberán ser sustituidos por el superior jerárquico.

vi) Tanto el Director de Averiguaciones Administrativas como el Contralor deben decidir los recursos en los plazos previstos en la LOPA. De no hacerlo, se entenderán denegados los recursos, pero el interesado podrá interponer el reclamo contemplado en el Art. 3º de la LOPA, contra los funcionarios mencionados, los cuales deberán ser sancionados en los términos de los artículos 100 al 105 *eiusdem*. Si el funcionario que da origen al reclamo es el Contralor General de la República, el interesado podrá dirigirse al Fiscal General de la República, a fin de que éste intente las acciones correspondientes para hacer efectiva la multa, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 218 y 220, ordinal 5º, de la Constitución.

vii) El acto que decida el recurso debe contener las menciones previstas en el Art. 18 de la LOPA y deberá ser motivado en los términos del Art. 9º *eiusdem*. En la decisión de los diferentes asuntos la Contraloría debe respetar rigurosamente el orden en que éstos fueron presentados, salvo que se altere el orden por razones de interés público y mediante providencia motivada, que deberá constar en el expediente (Art. 34, LOPA).

viii) Las notificaciones a los interesados deberán efectuarse conforme a las disposiciones de la LOPA (Arts. 73 al 77). En las notificaciones que se hagan deberán indicarse a los interesados los recursos que proceden, de lo contrario la notificación no surtirá ningún efecto (Art. 74 *eiusdem*).

f) *La fundamentación de los recursos*

El funcionario inculcado o, en general, todo interesado que se estime afectado por una decisión del Director de Averiguaciones Administrativas o del Contralor, podrá interponer el recurso que corresponda, con fundamento en razones de mérito o de legalidad. En tal sentido, es perfectamente pertinente lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la LOCGR:

Cuando en el recurso se invoquen razones de legalidad, el escrito respectivo contendrá una exposición razonada de las mismas. Cuando se

aleguen razones de mérito deberá fundamentarse adecuadamente la conveniencia, oportunidad o cualesquiera otras circunstancias concurrentes. Al escrito respectivo se acompañará la documentación que el interesado estime conveniente.

Ahora bien, en cuanto concierne a las razones de legalidad que pueden ser aducidas en los recursos administrativos, como las mismas son similares a las que pueden hacerse valer en los recursos contencioso-administrativos, nos referiremos a ellas al considerar estos últimos recursos.

III. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS CONTRA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Cuando el funcionario inculpado o, en general, el interesado, han agotado la vía administrativa sin obtener satisfacción a sus pretensiones, se abre la posibilidad de interponer los recursos contencioso-administrativos contra la decisión que los afecta.

En tal sentido dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

La vía contenciosa-administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes. (Art. 93).

En las consideraciones que siguen no estudiaremos en particular el procedimiento de los recursos, sino algunos aspectos que estimamos requieren una especial aclaración.

A. Diferentes clases de recursos en vía jurisdiccional

En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no se consigna ninguna disposición en relación a los recursos contencioso-administrativos contra los autos de responsabilidad administrativa o contra las decisiones que los confirmen. En cambio, sí se regula detalladamente la impugnación jurisdiccional de los reparos, que es un acto de diferente naturaleza en relación a la declaratoria de responsabilidad administrativa.

Así, se establece en el artículo 103:

Contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo, se podrá ejercer el recurso de plena jurisdicción por ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la fecha de notificación. En el conocimiento de este recurso el juez podrá examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad objeto del reparo.

En relación a este recurso, y aun cuando no es el tema que nos ocupa, queremos formular dos observaciones:

En primer lugar, la ley lo califica erróneamente de "recurso de plena jurisdicción", cuando se trata simplemente de un recurso contencioso-administrativo de anulación de un acto administrativo de efectos particulares. El hecho de que el juez pueda examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad, lo cual ocurre en todos los recursos de anulación, no cambia la naturaleza del recurso, pues lo que se discute en él es la conformidad del acto con el derecho. Por lo demás, consideramos que en Venezuela no existe el recurso de plena jurisdicción, sino las demandas contra la Administración, y este recurso no es una demanda.

En segundo lugar, hemos observado una práctica cuyas bases jurídicas no entendemos: los recursos jurisdiccionales contra los reparos que no se refieren a la materia de impuesto sobre la renta, se ventilan ante los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo, siendo que estos tribunales no tienen competencia de anulación contra actos emanados de órganos nacionales. Esta asunción de competencias por este tribunal debe basarse en la confusión sobre la naturaleza del recurso en que incurre el Legislador.

Regresando a la impugnación en vía jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa, cabe señalar que no existe ninguna regulación legal en particular sobre esta materia, por lo cual deben aplicarse las disposiciones generales relativas a los recursos jurisdiccionales. Ellas son, de un lado, el artículo 206 de la Constitución y, del otro, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esta Ley, además de regular las materias que le son propias, contiene normas transitorias sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa, mientras se dictan las normas específicas sobre ella.

Pues bien, contra las decisiones que agotan la vía administrativa en materia de declaratoria de responsabilidad administrativa, lo que procede es interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación con-

tra actos administrativos de efectos particulares, regulado en la sección tercera del Capítulo II, Título V, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, en relación al acto de la Administración que imponga o niegue la imposición de una sanción disciplinaria al funcionario declarado responsable en lo administrativo, podrán recurrir "el Ministerio Público o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa" (Art. 29 LOSPP). En las consideraciones que siguen nos referiremos únicamente a la impugnación del auto de responsabilidad administrativa.

B. Tribunal competente para conocer del recurso

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, existía una situación de incertidumbre en cuanto el órgano competente para conocer, en vía jurisdiccional, de las impugnaciones contra la declaratoria de responsabilidad administrativa. Por efecto del artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, no era necesaria la interposición del recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa. Luego, si el interesado no intentaba el recurso jerárquico, la vía administrativa se agotaba con la decisión del Director de Averiguaciones Administrativas y el acto de éste era recurrible ante el contencioso-administrativo. Pero si el interesado interponía el recurso jerárquico, era la decisión del Contralor la que agotaba la vía administrativa y, en consecuencia, contra ella se abría la vía jurisdiccional. En ese momento, opinamos que el Tribunal competente era la Corte Suprema de Justicia, en sala política-administrativa, cuando el acto que se impugnaba emanaba del Contralor, conforme a lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 42 de la LOCSJ; en tanto que la competencia correspondía a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo si el acto que agotaba la vía administrativa era el del Director de Averiguaciones Administrativas. Esta situación no dejaba de ser extraña en nuestro ordenamiento jurídico, pues se dejaba a la voluntad del recurrente la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de su recurso.

Con la vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos esta situación cambia. Ahora, la LOPA exige que se agote la vía administrativa para que se abra la vía contencioso-administrativa, y ese agotamiento se produce mediante el recurso jerárquico cuando el acto emana de un órgano sometido a la jerarquía de otro (Arts. 93 y 95 *eiusdem*).

En nuestra opinión, mediante una ley especial, que puede no ser orgánica, es posible disponer que el agotamiento de la vía administrativa se haga en forma diferente, esto es, que el acto del inferior jerárquico agote la vía administrativa sin necesidad de interponer el recurso jerárquico. Sin embargo, consideramos que un reglamento no puede modificar esta situación. De allí que el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que antes de la vigencia de la LOPA tenía carácter *praeter legem*, pasó a ser *contra legem* desde el 1º de enero de 1982. En consecuencia, al descartarse la aplicación de este artículo, es necesario agotar la vía administrativa ante la autoridad máxima del organismo, mediante el recurso jerárquico, hasta tanto una ley especial no disponga lo contrario.

De lo expuesto se sigue que, en materia de responsabilidad administrativa, tal como antes se afirmó, el único acto recurrible en contencioso-administrativo es el del Contralor. Ahora bien, este órgano tiene un fuero especial previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por ser un "órgano del Estado de igual jerarquía a nivel nacional" que el Consejo Supremo Electoral (Art. 42, ordinal 12). Conforme a esta norma, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia es competente, en instancia única, para declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad de los actos administrativos generales o individuales del Contralor General de la República.

Por último, conviene dejar sentado que si se demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares (en este caso, la declaratoria de responsabilidad administrativa) y al mismo tiempo la del acto general que le sirva de fundamento (en este caso alguna disposición de la LOSPP) y se alegaren razones de inconstitucionalidad para impugnarlos, esta acción y este recurso deberá proponerse ante la Corte Suprema de Justicia en pleno, pero el procedimiento será el de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, tal como lo dispone el Art. 132 de la LOCSJ.

IV. ASPECTOS COMUNES A LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Bajo este título hemos considerado procedente formular algunas consideraciones que son igualmente válidas en relación a los recursos administrativos y a los recursos contencioso-administrativos.

A. *Problemas relacionados con la ejecución de las sanciones administrativas y la suspensión de los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene el principio general en relación con la ejecución de los actos administrativos:

Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término se ejecutarán inmediatamente (Art. 8º).

Por su parte, se consagra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República:

El ejercicio de los recursos previstos en la presente Ley contra las decisiones de la Contraloría no impiden la ejecución de las mismas, a juicio del Contralor y bajo su responsabilidad (Art. 99).

Asimismo, este principio se ratifica en la LOPA, en los siguientes términos:

La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario (Art. 87).

Surge entonces la cuestión de saber si las sanciones administrativas que se derivan directamente de la declaratoria de responsabilidad administrativa (multa o, eventualmente, su conversión en arresto) o indirectamente (sanciones disciplinarias), deben ejecutarse aun cuando no se hayan agotado los recursos administrativos o contencioso-administrativos que pueden intentarse contra la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría. En este aspecto, cabe distinguir:

a) *La ejecución de las sanciones disciplinarias derivadas del auto de responsabilidad administrativa*

La sanción disciplinaria derivada del auto de responsabilidad administrativa que, como vimos, no solamente es de destitución, y que corresponde aplicar al superior jerárquico del funcionario inculcado, se rige por la siguiente norma:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario

competente para que éste, en el término de 30 días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría (Art. 84 LOCGR).

Como se observa de la norma transcrita, el auto respectivo y los demás documentos se pasarán al funcionario competente, *una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad*. Ahora bien, una decisión administrativa está firme cuando no se interpusieron oportunamente los recursos administrativos y contencioso-administrativos para impugnarla o, cuando habiéndose hecho, éstos fueron desestimados. En consecuencia, la Contraloría sólo puede enviar el auto y los recaudos correspondientes al superior jerárquico cuando el acto ha quedado firme y no cuando se dicta el auto de responsabilidad administrativa por la Dirección de Averiguaciones Administrativas.

De igual modo, la Contraloría no puede solicitar la intervención del Fiscal General de la República para hacer efectiva la sanción disciplinaria, en los términos previstos en el artículo 29 de la LOSPP, sino cuando hayan transcurrido, sin que se haya aplicado ninguna sanción al funcionario inculpado, los 30 días establecidos en el artículo 84 de la LOCGR, contados a partir del momento en que el superior jerárquico recibió los recaudos correspondientes al auto de responsabilidad administrativa que ha quedado firme.

b) *La ejecución de la sanción de multa derivada del auto de responsabilidad administrativa*

Conforme lo hemos señalado anteriormente, establece el artículo 33, LOSPP, que la Contraloría, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes. Esta sanción no está sujeta a que el acto quede firme o a que transcurra un período de tiempo determinado, sino que, de acuerdo a los principios generales en materia de ejecutividad de los actos administrativos, debe ejecutarse de inmediato. La Contraloría puede otorgar un plazo para pagar la multa, pero no se trata de un lapso legalmente establecido. Así, se dispone en el primer aparte del artículo 43, LOSPP, que:

Cuando el término para cancelar la multa se hubiere vencido y el funcionario no la hubiere pagado, se pasará el caso al Fiscal General de la República, a los efectos de que intente la acción civil de cobro, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, queda a la discrecionalidad del Contralor decidir si la multa debe pagarse de inmediato *bajo su responsabilidad*, o si se espera a que la decisión quede firme.

i) *El pago inmediato bajo la responsabilidad del Contralor.* Hemos transcrito antes el contenido del artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, según el cual: "El ejercicio de los recursos previstos en la presente Ley contra las decisiones de la Contraloría no impiden la ejecución de las mismas, a juicio del Contralor y bajo su responsabilidad".

En virtud de esta norma, si el auto de responsabilidad administrativa es revocado o anulado por efecto de la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional, normalmente de este último, y el Contralor había dispuesto que se pagara la multa antes de que el acto quedara firme, el funcionario interesado podrá ejercer la acción de daños y perjuicios personalmente contra el Contralor.

ii) *La suspensión de los efectos del acto en vía administrativa.* El Contralor General de la República puede disponer que la multa se cancele inmediatamente que el acto haya quedado firme, esto es, que se suspendan los efectos del acto hasta la decisión final de los recursos que se intenten. La base legal de esta medida reside, por una parte, en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que comentamos, y por la otra, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según la cual:

La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario

El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acorde la suspensión de los efectos del acto recurrido en el lapso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que considere suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada (Art. 87).

iii) *La suspensión de los efectos del acto en vía jurisdiccional.* Si el Contralor decide no suspender los efectos del acto (en este caso el pago de la multa), el interesado puede interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación y solicitar la suspensión de los efectos del acto, con base en lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad ha sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podría dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio.

En este caso, la suspensión de los efectos del acto procede únicamente a instancia de parte, en tanto que el Contralor puede tomar la misma medida por propia iniciativa, así como a instancia de parte.

c) *El principio solve et repete y la sanción de multa*

En materia fiscal ha existido durante mucho tiempo un principio según el cual el deudor de una obligación tributaria debía cancelarla primero y luego reclamar contra ella. La mayor parte de las leyes tributarias han exigido que la deuda se cancele o se afiance debidamente, como un requisito de admisibilidad en relación a los recursos que pudieran intentarse contra el acto de liquidación fiscal. Ahora bien, ese principio ha sido progresivamente abandonado en los países que lo mantenían y, entre nosotros, el Código Orgánico Tributario lo ha suprimido en relación a los tributos nacionales que cubre este instrumento jurídico. Este principio, sin embargo, se mantiene en la mayoría de las Ordenanzas Municipales que establecen tributos.

Pues bien, la sanción de multa que impone la Contraloría General de la República al declarar la responsabilidad administrativa de un funcionario público, no tiene la misma naturaleza jurídica de las obligaciones tributarias y no es aplicable en relación a ella el principio *solve et repete*. De allí se desprende que, en caso de que el Contralor decida no suspender los efectos del acto, la cancelación de la multa no es un requisito de admisibilidad del recurso administrativo o contencioso-administrativo que proceda. Ello en virtud de que el principio *solve et repete* requiere de un texto legal que lo establezca y en el caso que examinamos ninguna norma legal lo ha consagrado como requisito de admisión para los recursos contra las decisiones de la Contraloría.

Como consecuencia de lo expuesto, el funcionario declarado responsable en lo administrativo puede llevar adelante todos sus recursos contra la decisión de la Contraloría, al mismo tiempo que el Fiscal General

de la República gestiona el cobro de la multa, en los casos en que el Contralor ha decidido, bajo su responsabilidad, exigir el pago de la misma.

B. *Problemas relativos a la ausencia de tipicidad y a las facultades discrecionales de la Contraloría*

Hemos indicado que ante la jurisdicción contencioso-administrativa sólo pueden aducirse razones de legalidad para fundamentar los recursos que allí se interpongan, en tanto que en los recursos administrativos se pueden señalar, además, argumentos vinculados con el mérito de la decisión, es decir, sobre la oportunidad o conveniencia de la misma. La fundamentación de los recursos administrativos en razones de mérito siempre tiene el carácter de petición por vía de gracia, pues corresponde al órgano contralor decidir sobre la conveniencia u oportunidad de su decisión y, en todo caso, si la Contraloría no acepta el argumento de mérito, no es admisible que el mismo argumento pueda proponerse en sede jurisdiccional. Por esta razón nos referimos únicamente a los argumentos de legalidad que pueden hacerse valer tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional para impugnar el acto administrativo en virtud del cual se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público.

Ahora bien, tanto la LOSPP como anteriormente la LOCGR atribuyen a la Contraloría General de la República facultades en esta materia, con un contenido de discrecionalidad sumamente elevado. En estas condiciones, el control de la legalidad del acto se hace más difícil, mas no imposible, como veremos luego.

a) *Ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo*

En nuestro derecho penal es un dogma el que no puede existir delito ni pena si los hechos que se imputan a una persona no han sido definidos por la Ley como delito. Este principio de la tipicidad constituye uno de los derechos individuales consagrado como tal en la Constitución en los siguientes términos:

Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la Ley como delito o falta (Art. 60, ord. 20).

Ahora bien, en materia administrativa no existe un principio equivalente al de la tipicidad en materia penal, sino que se observa una

tendencia del Legislador a dejar en manos de la autoridad administrativa la decisión sobre los hechos que configuran la transgresión. Esta tendencia ha sido considerada como "peligrosa" por el doctor Tulio Chiossone en los siguientes términos:

Las sanciones de tipo administrativo se producen por "la infracción del contenido material de la Ley", y no por transgresión del *status* ético-jurídico. La sanción administrativa protege el orden administrativo, y es el resultado de una transgresión de una regla previsiva. Como afirmación de este criterio nos fundamos en la declaración sancionatoria de tipo general que suelen contener las leyes administrativas, y que oportunamente hemos criticado como contraria, o por lo menos peligrosa, para el principio de legalidad (*nullum delictum, nulla poena sine lege*).¹⁰

En la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público se describen diversas conductas típicas susceptibles de generar una declaratoria de responsabilidad administrativa, particularmente en los artículos 35 al 41. Sin embargo, en el artículo 42 se incluye una declaración genérica de las criticadas por el doctor Chiossone, según la cual:

Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Cabe preguntarse cuáles son las violaciones de tipo legal o reglamentario que dan origen a una declaración de responsabilidad administrativa. La interrogación sobre este aspecto es apropiada, porque conforme al Art. 32, LOSPP, "el funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria". Ahora bien, no todo incumplimiento del funcionario público hace procedente la declaratoria de responsabilidad administrativa; es necesario que la infracción se relacione con el manejo de fondos o de bienes públicos en los términos establecidos en el artículo 81 de la LOCGR.

En tal sentido el Tribunal Superior Primero de Hacienda, ha expresado:

10. Chiossone, Tulio: *Sanciones en Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho. UCV, Caracas, 1973, p. 19.

...aunque si bien es verdad como se afirma, el que la esencia de la responsabilidad administrativa es la conducta que no se ajusta a las normas legales, en instrucciones de superiores jerárquicos, o como deberes propios de la condición de funcionarios, también lo es el que la norma señalada requiere que la falla de tal conducta sea con ocasión del manejo de fondos o bienes nacionales, lo que por razones obvias tiene que producir un daño al Fisco Nacional.¹¹

Sin embargo, de la LOCGR se desprende que puede declararse la responsabilidad administrativa aun cuando no se hubieren causado perjuicios pecuniarios, así:

Artículo 91. La Contraloría podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares, caso en el cual remitirá las actuaciones a la autoridad competente para que sean proseguidas. La Contraloría podrá continuar la averiguación o la investigación en aquellos casos en que no se hubieren causado perjuicios pecuniarios, cuando en su criterio fuere necesario establecer la responsabilidad administrativa, o reunir indicios de la responsabilidad civil o penal de las personas investigadas.

De lo hasta aquí expuesto se desprende:

i) Que la responsabilidad administrativa puede ser declarada cuando el funcionario público infringe determinadas normas legales o reglamentarias.

ii) Que esas infracciones deben referirse al manejo de los fondos o de los bienes públicos.

iii) Que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, la Contraloría puede determinar discrecionalmente las faltas susceptibles de generar la declaratoria de responsabilidad administrativa y asimismo puede declarar la responsabilidad administrativa aun cuando no se hayan causado perjuicios pecuniarios al patrimonio público.

Esta ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo plantea una diversidad de problemas jurídicos a la hora de enjuiciar la juridicidad de una declaratoria de responsabilidad administrativa formulada por la Contraloría. En primer lugar, el problema de la legalidad suscitado por el doctor Chiossone, al afirmar:

11. Sentencia del 22-5-74, *cit.* por E. Sánchez Falcón: *loc. cit.*, p. 79.

No se permiten en Venezuela —que adopta constitucionalmente el principio de la legalidad— las maneras genéricas que autorizan a quien debe aplicar una pena para *crear* la figura delictiva.¹²

Esta posición del doctor Chiossone parece reforzada por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al establecer que: “Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieren sido establecidas en las leyes. . .” (Art. 1º). De allí que luzca contradictoria la actuación del Legislador al reservar a la Ley la creación de sanciones, por una parte, y por la otra, al atribuir a un órgano administrativo la facultad de sancionar administrativamente, sin que exista una precisión en cuanto a las transgresiones que dan origen a la sanción.

En segundo lugar, la Contraloría tiene facultades para sancionar con multas de hasta cien mil bolívares “de acuerdo con la gravedad de la falta y la entidad de los perjuicios causados” a los funcionarios que se encuadren en los supuestos previstos en el Art. 93 de la LOCGR. En virtud de esta atribución, la Contraloría puede, discrecionalmente, decidir la aplicación de la multa o la declaratoria de responsabilidad administrativa, que a su vez conlleva una sanción de multa. La ausencia de tipicidad en esta materia impide, en muchos casos, conocer anticipadamente la sanción que podría acarrear una infracción determinada.

Ahora bien, la discrecionalidad no implica autorización para la arbitrariedad, como tendremos ocasión de analizar posteriormente.

b) *Otras facultades discrecionales de la Contraloría*

En general, la LOCGR y la LOSPP contienen pocas normas que puedan considerarse como reglas limitantes de las facultades discrecionales de la Contraloría. Así, hemos transcrito antes el artículo 81 de la LOCGR, según el cual, “La Contraloría *podrá* realizar investigaciones. . .” y el artículo 91 *eiusdem*, conforme al cual “La Contraloría *podrá* abstenerse de seguir conociendo de investigaciones. . .”, pero asimismo dicho órgano “*podrá* continuar la averiguación. . . cuando a su criterio. . .”.

A título de ejemplo, señalamos algunos casos en que leyes que regulan la competencia de la Contraloría le confieren poderes discrecionales:

12. Chiossone, Tulio: *op. cit.*, p. 37.

i) Facultad para determinar, mediante resolución motivada, las personas o los cargos que serían exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio (Art. 7, ord. 5º, LOSPP).

ii) Facultad para aclarar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la obligación de hacer declaración jurada de patrimonio en las investigaciones para determinar responsabilidades administrativas y en la sustanciación de aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad civil o penal (Art. 23, LOSPP).

iii) Facultad para acordar la conversión de la multa en arresto (Art. 42, LOSPP).

iv) Facultad para, antes del 1º de abril de 1983, establecer los procedimientos y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de las funciones que se le atribuyen (Art. 113, LOSPP).

v) Facultad para determinar el monto de las multas, tomando en cuenta "la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado" (Art. 42, LOSPP).

Es de hacer notar que la Contraloría ha autolimitado su discrecionalidad en la imposición de las multas, al dictar, en su Reglamento Interno, las siguientes normas:

Artículo 87. En la aplicación de las multas se tomarán en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en los hechos y demás antecedentes que la motivan.

Artículo 88. Las circunstancias atenuantes y agravantes serán determinadas, en cada caso, por la autoridad encargada de imponer la multa.

Podrá considerarse circunstancia atenuante el hecho de que el infractor no hubiese sido sancionado con anterioridad por la comisión de faltas que ameritasen multas; el que el sancionado comprobase haber servido con pulcritud en los casos que fuese empleado público; cualquiera otra circunstancia que, en concepto de quien imponga la sanción, aminore la culpabilidad del infractor.

Se consideran circunstancias agravantes: la reincidencia, la reiteración del hecho, la renuencia y la contumacia.

Artículo 89. Si a juicio de la autoridad que debe imponer la sanción, no hubiere atenuantes ni agravantes, la multa se aplicará en su término me-

dio. Si hubiese atenuantes se impondrá por debajo de dicho término medio, y si concurren agravantes, se impondrá por encima del expresado término.

c) *Los límites a los poderes discrecionales de la Contraloría*

En relación a este tema, remitimos a los estudios que se han realizado sobre los límites a las facultades discrecionales de las autoridades administrativas.¹³ En particular, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la sumisión a la legalidad de las facultades discrecionales, en los siguientes términos:

Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia (Art. 12).

Por otra parte, la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a la igualdad (Art. 61) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo al principio de la imparcialidad (Art. 30). De estas normas se desprenden las siguientes limitaciones a los poderes discrecionales de la Contraloría:

i) *Deber de imparcialidad de la Contraloría y respeto a la igualdad de los ciudadanos.* En tal virtud, no puede sancionarse en forma diferente por las mismas infracciones. La desatención a este principio puede ser alegado como causal de nulidad de un auto de responsabilidad administrativa.

ii) *Principio de proporcionalidad.* Debe existir una correspondencia entre la gravedad de la falta y la sanción. Una sanción muy grave en relación a una transgresión de poca importancia, constituye una infracción al principio de la proporcionalidad consagrada en la LOPA. Vinculado con este principio, el órgano contralor debe atender a las exigencias de la equidad y de la racionalidad al establecer una sanción; de lo contrario el acto puede ser declarado ilegal.

iii) *Adecuación a los fines.* Los poderes concedidos por el Legislador a la Contraloría deben ser utilizados con el objetivo de lograr la disciplina y la honestidad en el manejo de los fondos públicos y no

13. *Vid.* particularmente: Brewer Carías, Allan R.: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 2, UCAB. Caracas, 1965, pp. 9-35.

para fines políticos, personales o de otra naturaleza. Aun emitido dentro de los poderes legales del órgano contralor, un acto puede ser anulado por incurrir en el vicio de desviación de poder, cuando esos poderes se han utilizado para una finalidad distinta a la prevista por el Legislador.

iv) *Cumplimiento de los trámites, requisitos y formalidades necesarios para la validez y eficacia del acto.* La circunstancia de que la Contraloría disponga de poderes discrecionales en la declaratoria de responsabilidad administrativa, no la exime de la obligación de ceñirse a los requisitos de forma establecidos en la Ley o en los reglamentos. Así, en el Art. 61 del Reglamento de la LOCGR se regula el contenido del auto de responsabilidad administrativa en la siguiente forma:

Las decisiones deberán contener: la identificación del investigado, breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta la decisión; y la declaración de responsabilidad administrativa o de absolución del investigado o la de sobreseimiento del asunto.

Como requisito indispensable para la eficacia del auto de responsabilidad administrativa cabe señalar la obligación de la Contraloría de indicar los recursos que proceden contra la decisión, con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse (Arts. 73, 74 y 77, LOPA).

C. *Problemas relativos al control de la necesidad del gasto y al control de precios*

Conforme al artículo 41 de la LOSPP, se sanciona con multa de diez mil a quinientos mil bolívares a los funcionarios públicos que incurran en los diversos supuestos contemplados en dicha norma. Hemos querido formular un comentario particular sobre esta disposición, dados los problemas que plantea el control de la legalidad del auto de responsabilidad administrativa que se fundamenta en dicho artículo:

a) *El control de la necesidad del gasto*

En nuestro país, tradicionalmente, ha sido el Poder Ejecutivo quien ha determinado si un gasto es o no necesario para el funcionamiento de la Administración. Por supuesto que para la ejecución de ese gasto debe contar el administrador con los créditos asignados en el presupuesto, sea éste nacional, del organismo descentralizado, estatal o municipal.

Ahora bien, en el mencionado Art. 41, LOSPP, se contemplan algunos supuestos donde la determinación de la necesidad del gasto, en última instancia, se desplaza del Poder Ejecutivo al Organo Contralor. En efecto, de acuerdo a esta norma, serán sancionados los funcionarios que:

i) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales *que excedan a las necesidades* del organismo.

ii) Contraten servicios que *no sean estrictamente necesarios a los fines del organismo*.

iii) Contraten *personal supernumerario innecesario* para el funcionamiento del organismo.

iv) Autoricen gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan *con las necesidades estrictamente protocolares* del organismo.

En todos estos casos, aun cuando el Ejecutivo tome una determinación sobre la necesidad del gasto, es la Contraloría General de la República quien decide *a posteriori*, si el gasto era o no necesario a los fines del organismo. De allí surgen diversos problemas que obligan a enjuiciar la norma desde el punto de vista de su mérito o de su constitucionalidad.

Desde el punto de vista del mérito, estimamos que la disposición a que nos referimos es inconveniente e inoportuna. En efecto, es fácil prever que el temor de la sanción puede inhibir al administrador para adoptar determinadas decisiones, que pueden ser importantes para el funcionamiento del organismo, a pesar de tener en su presupuesto el crédito correspondiente.

Desde el punto de vista de la constitucionalidad de la norma, y esto es lo más importante a los efectos del presente estudio, la disposición a que aludimos presenta claros visos de inconstitucionalidad. En efecto, corresponde al Presidente de la República administrar la Hacienda Pública Nacional (Art. 190, ord. 12 de la Constitución).

Esa atribución la realiza el Presidente a través de sus órganos directos, que son los Ministros, y por intermedio de los funcionarios que determine la Ley, o a quienes los órganos autorizados deleguen tales funciones. Entre las facultades, atribuciones y deberes que comprende la "administración" de la Hacienda Pública, se encuentra la de determinar la necesidad de un gasto, dentro de las disponibilidades financieras y sin salirse del marco jurídico que condiciona la actuación del administrador.

Corresponde a la Contraloría General de la República velar porque la actividad del administrador se realice conforme a los recursos asignados y a las normas que rigen las operaciones sobre los fondos públicos, pero no puede dicho órgano juzgar la conveniencia, oportunidad o necesidad de una decisión de gastar sin incurrir en una usurpación de funciones.

Por otra parte, la disposición que comentamos es contradictoria con otras normas de la misma LOSPP, pues conforme al Art. 32 *ejusdem*, el funcionario responde administrativamente por sus actos, *hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria*. En este caso, no hay infracción a una norma legal o reglamentaria, sino un juicio de mérito de la Contraloría sobre la decisión del administrador, emitido *a posteriori*

Como consecuencia de lo expuesto, el artículo 41 de la LOSPP contiene disposiciones que, además de debilitar al Poder Ejecutivo, lo cual no es conveniente, configuran una usurpación de funciones, lo cual es inconstitucional.

b) *El control de los precios*

Tradicionalmente se ha asignado a la Contraloría General de la República el control previo sobre los Despachos del Ejecutivo, quienes "antes de proceder a la celebración de otros contratos que impliquen compromisos financieros para la República, deberán someter éstos a la aprobación de la Contraloría". Dentro de ese control previo sobre los compromisos la Contraloría verificará, entre otros extremos, "que los precios sean justos y razonables" (Art. 18 LOCGR). Asimismo se prevé en el Parágrafo Único del artículo mencionado que la Contraloría "advertirá al ente contratante las violaciones que observare en las estipulaciones proyectadas, con señalamiento expreso de las responsabilidades que podrían surgir si el contrato fuese celebrado sin subsanar tales irregularidades".

Hasta aquí las funciones de control se han mantenido dentro de sus justos términos. El problema se plantea cuando en la LOSPP se dispone que serán sancionados con multa de diez mil a quinientos mil bolívares, los funcionarios públicos que:

- i) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales a precios superiores a los del mercado.
- ii) Contraten servicios a precios superiores a los del mercado.

Diversas observaciones suscita esta norma:

En primer lugar, están exentos de esta sanción los órganos sometidos al control previo sobre los compromisos, porque se supone que la Contraloría ha verificado "que los precios sean justos y razonables". Además, tampoco se pueden imponer sanciones en los casos en que ha habido licitación o concurso, porque estos mecanismos son precisamente los que determinan el precio de mercado.

En segundo lugar, esta disposición se refiere a las adquisiciones de bienes o servicios a precios superiores a los del mercado, pero no a las ventas a precios inferiores. Cuando los productos que se adquieren están sometidos a regulación de precios, no existe ningún problema para aplicar esta norma. La dificultad surge cuando se trata de adquirir bienes o servicios que no están sometidos a control previo, cuyos precios no están regulados y con respecto a los cuales no es posible aplicar el mecanismo de la licitación o del concurso o éstos no son obligatorios. Es de hacer notar que en nuestro país no existe Ley de Licitaciones o Concursos, sino que éstos se realizan con respecto a la Administración Nacional, en los casos exigidos por el Instructivo 24 dictado por el Presidente de la República, donde por lo demás se prevén numerosas excepciones.

En concreto, los mayores problemas que suscita esta norma se refieren a los casos en que un organismo público autónomo estima necesario o conveniente adquirir un inmueble determinado. En este caso, no está contemplado el control previo sobre el compromiso ni es posible aplicar el mecanismo de la licitación, pues se trata de un objeto individualizado.

Como causal de responsabilidad administrativa, la Ley exige que los precios de las adquisiciones sean superiores a los del mercado, lo cual no significa que los precios sean superiores a los que señale el avalúo de la Contraloría, realizado con posterioridad a la operación.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico, el problema se plantea en los siguientes términos: la responsabilidad administrativa se declara por infracciones a las leyes o reglamentos, es decir, por la transgresión de una regla previsiva y no del *status* ético-jurídico, tal como lo ha expresado el doctor Chiossone.

Es de la esencia de la transgresión administrativa la infracción de un ordenamiento objetivo y previamente establecido, por lo cual en esta materia no se admite ni la tentativa ni la frustración. Ahora bien, en la hipótesis que examinamos, cuando de la confrontación de la oferta y la demanda surge un precio y se realiza la contratación, no existe infrac-

ción a ninguna norma legal o reglamentaria, aun cuando el avalúo de la Contraloría arroje un precio menor para el objeto del contrato.

Distinta es la situación cuando el organismo público ha infringido normas sobre licitaciones o sobre cualquier otro aspecto relacionado con el manejo de los fondos públicos y, más diferente es aun cuando se comprueba que el funcionario público ha utilizado sus poderes legales para enriquecerse o para derivar alguna utilidad en su beneficio o en el de otra persona. Este último supuesto está previsto como delito en la LOSPP, pero no es el caso que nos ocupa.

Ahora bien, si no existe transgresión de normas preexistentes en este caso, ocurre lo que señalaba el doctor Chiossone: el órgano de control ha creado la figura del entuerto o la transgresión para el caso específico, lo cual no se admite en Venezuela.

Dicho de otro modo: la Administración está sometida al principio de la legalidad y las infracciones a ese principio pueden acarrear diversas sanciones (nulidad del acto, responsabilidad civil, penal, disciplinaria o administrativa del funcionario, responsabilidad civil de la Administración). Aun cuando la ausencia de tipicidad en materia de responsabilidad administrativa es un hecho en nuestro país, cuando menos se exige en la Ley que para declarar dicha responsabilidad, el funcionario haya incurrido en la infracción de normas legales o reglamentarias (Arts. 32 y 42 LOSPP), es decir, que haya ilegalidad en la decisión.

Si una decisión no es ilegal, el funcionario no puede ser declarado responsable en lo administrativo, pues no procede la sanción por desacuerdo del órgano contralor con el mérito de la operación. El juicio sobre la oportunidad o conveniencia de un negocio jurídico no puede quedar a la discrecionalidad de la Contraloría, pues entonces estaríamos en presencia de una usurpación de funciones similar a la que analizamos en el punto precedente, lo cual vicia de inconstitucionalidad no sólo a la decisión particular del órgano contralor, sino también a la norma legal que le sirve de fundamento.

VI

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

JAVIER ELECHIGUERRA

1. *CONSIDERACIONES GENERALES.*

1.1. Importancia y repercusiones de la aprobación de la ley. La concepción del derecho como "factor social".

2. *ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA PARTE SUSTANTIVA DE LA LEY.*

2.1. El artículo 66 de la Ley. Uso del término "POSESION DE BIENES". Visos de inconstitucionalidad.

2.2. El artículo 69 de la Ley. "EL ABUSO GENERICO DE AUTORIDAD". Su derogatoria y el inconveniente de esa eliminación.

3. *PARTE ADJETIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.*

3.1. El artículo 81 y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". Repercusiones en el ámbito militar.

3.2. La instrucción en la *LOSPP*.

3.2.1. "La instrucción directa" y el principio de "inmediación procesal".

3.2.2. Paralelismo en la instrucción y sus posibles consecuencias.

3.3. El juicio en ausencia.

3.4. El juicio oral. Su obligatoriedad.

3.5. La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada.

3.6. El nombramiento de los jueces superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3.7. Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la Ley.

CONCLUSIONES.

1. *CONSIDERACIONES GENERALES*

La vigencia de la *LOSPP* representa algo muy importante en el campo jurídico venezolano. Este hecho es indudable; de un tiempo a esta parte se ha hablado insistentemente de esta ley y de una u otra forma la opinión pública ha conocido de su existencia, todo lo cual está a indicar que la ley en análisis constituye lo que se puede denomi-

nar sin duda alguna "UN ACONTECIMIENTO". Frente a este instrumento legal no parecen existir términos medios, o se la defiende o se la ataca; en ambos casos de la manera más vehemente.

1.1. *Importancia y repercusiones de la aprobación de la ley.
La concepción del Derecho como "factor social"
a lo largo de la LOSPP*

Hacia mucho tiempo que no se observaban opiniones tan contradictorias y encontradas con relación a una ley; inclusive miembros del Instituto de Estudios Políticos de la UCV en este Seminario, expresaron su opinión en el sentido de afirmar que la importancia de la LOSPP radica en el momento que vive el país. La clase dirigente —expresaron— no puede permitirse el lujo de "no aplicar" la mencionada ley. Por otra parte se ha afirmado que es un error hablar de "ANTES DEL 1º DE ABRIL DE 1983" y "DESPUÉS DEL 1º DE ABRIL DE 1983", toda vez que dicho deslinde no es posible, ya que la nueva ley básicamente no "crea" nuevos tipos delictivos, sino que en una u otra forma, "repite" los delitos consagrados en el Código Penal. A este respecto, avanzamos una opinión en el sentido de inscribirnos entre quienes consideran que la ley aprobada sí marca un hito en la legislación nacional. Nunca antes se había discutido y aprobado un instrumento legal con tanto sentido represivo, así como tampoco nunca antes se había divulgado y comentado tanto, instrumento legal alguno como lo ha sido esta ley. Es de observar igualmente el sentido que privó en el legislador para su aprobación; uno de sus correddores afirmó que la ley fue concebida intencionalmente en forma "DETALLADA Y MINUCIOSA" para así evitar que "alguna conducta" irregular escapase al ámbito de aplicación de la ley; igualmente se buscó "...evitar en lo posible que el juez pueda interpretar la ley". Dichas afirmaciones merecen análisis particular porque en ellas va implícita toda una filosofía legislativa reflejada en la LOSPP.

Quienes propugnaron la ley consideraron su aprobación como una "NECESIDAD HISTÓRICA", como el único instrumento válido para combatir la corrupción administrativa. Se trataba —según ellos— "...de acabar con la corrupción administrativa, dado que el ordenamiento legal vigente, por vetusto y anacrónico, impedía un castigo ejemplar para quien atentara contra la cosa pública, contra el erario nacional".

He aquí un error de óptica que se debe señalar, la corrupción administrativa como conducta delictiva abarca un conjunto de situaciones de la más diversa naturaleza, con una característica que las identifica:

"EL ATENTADO A LA COSA PÚBLICA". En Venezuela, su vigencia como conducta delictual va paralela con su impunidad, la cual encuentra su origen en causas muy diferentes a las del anacronismo y carencia legislativos; la ley existe, he allí el Título III, Libro II del Código Penal (DE LOS DELITOS CONTRA LA COSA PÚBLICA). El porqué de su no aplicación, rebasa los límites de la presente exposición.

Algo que sí resulta innegable es que en Venezuela la ley ha sido entendida siempre como un ingrediente modificante de la realidad social. Cada día más se observa la concepción del derecho como "factor social" cuando lo correcto es entenderlo como "producto social". Toda vez que la norma jurídica debe ser concebida como instrumento regulador de una realidad existente en un momento determinado. Pretender modificar la realidad a partir de la norma, constituye un error con un costo muy alto a pagar.

La concepción de la norma jurídica como "factor social" subyace a la afirmación cada vez más común de "REFORMAR LA LEY PARA QUE LA REALIDAD CAMBIE". Ejemplos sobran: "SE IMPONE UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA"; "HAY QUE REFORMAR EL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA ACABAR CON EL RETARDO PROCESAL", es justamente dentro de ese contexto que surge la presente ley. "HAY QUE APROBAR LA LOSPP PARA ACABAR CON LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA"; dando a entender de esta forma, que la mejor manera de atacar problemas como la delincuencia desbordada, el retardo procesal y la corrupción, es a través de la modificación de los respectivos instrumentos legales.

Este error de óptica es lo que ha impulsado a muchos congresantes a afirmar que de ahora en adelante se tendrá que hablar de dos épocas, "ANTES Y DESPUÉS DEL 1º DE ABRIL DE 1983", lo cual consideramos un grave error si se toma en cuenta que la LOSPP en general "copia" los "tipos delictivos" existentes en el vigente Código Penal con leves modificaciones en algunos casos. Sin embargo, es bueno llamar la atención en relación con los escasos "NUEVOS TIPOS": se incluyen como conductas delictivas el quehacer diario en el desenvolvimiento actual de la Administración Pública y así tenemos, que conductas tan comunes y normales como las contempladas en los artículos 60, 61, 78 y 18, fueron erigidas por el legislador como "DELITOS", lo cual puede ser de consecuencias incalculables para la ya tan maltratada, inoperante y vetusta maquinaria de la Administración Pública.

Es un hecho que la Administración Pública está funcionando de una cierta manera, y a partir del 1º de abril de 1983, deberá cambiar

esa forma de funcionar o de lo contrario estaremos en presencia de un funcionario público que a diario incurre en delitos, porque, repetimos, esa conducta que hasta hoy se ha visto como "normal", en algunos casos es calificada como delictiva en la LOSPP.

2. ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA PARTE SUSTANTIVA DE LA LEY

Especial comentario merecen los artículos 66 y 69 de la recién promulgada LOSPP. El primero de los nombrados por presentar visos de aparente inconstitucionalidad; el otro, porque "deroga expresamente el artículo 204 del vigente Código Penal".

2.1. *El artículo 66 de la ley. Uso del término "POSESIÓN DE BIENES". Visos de inconstitucionalidad*

El artículo 66 (cuyo contenido es idéntico al de la norma contemplada en el artículo 44 como "Enriquecimiento Ilícito" establece: "EL FUNCIONARIO PÚBLICO QUE DURANTE EL DESEMPEÑO DE SU CARGO O DENTRO DE LOS DOS AÑOS SIGUIENTES A SU CESACIÓN, SIN PODER JUSTIFICARLO, SE ENCONTRARE EN POSESIÓN DE BIENES, SEA POR SÍ O POR INTERPUESTA PERSONA, QUE NOTORIAMENTE SOBREPASEN SUS POSIBILIDADES ECONÓMICAS, SERÁ PENADO CON PRISIÓN DE TRES A DIEZ AÑOS". (Subrayados nuestros).

Como se observa, la conducta incriminada exige dos requisitos: a) Que el funcionario esté en posesión de bienes que "notoriamente" excedan sus posibilidades económicas; b) Que la posesión de dichos bienes no pueda ser justificada, añadiendo a lo anterior el elemento tiempo: "hasta dos años después de haber abandonado el cargo". En la redacción del artículo se observa la expresión "BIENES EN POSESIÓN". Llama la atención el uso de término "POSESIÓN", toda vez que se trata de una institución cuyo alcance y significado ha producido las más disímiles opiniones en el campo del Derecho Civil. Se impone por tanto, determinar el alcance y significado de la expresión utilizada por el legislador en el artículo 66 de la LOSPP. ¿CÓMO DEBE SER ENTENDIDO EL TÉRMINO? Nadie discute que la institución tiene su origen en el Derecho Privado; el Código Civil venezolano establece EN SU ARTÍCULO 771: "LA POSESIÓN ES LA TENENCIA DE UNA COSA, O EL GOCE DE UN DERECHO QUE EJERCEREMOS POR NOSOTROS MISMOS O POR MEDIO DE OTRA PERSONA QUE DETIENE LA COSA O EJERCE EL DERECHO EN NUESTRO NOMBRE". El término "posesión" comprende desde la simple detenta-

ción hasta la posesión legítima, pasando por todas las variantes de la posesión precaria. Sea como fuere, lo cierto es que en Derecho Civil el término "posesión" implica una relación material, un poder de hecho de un sujeto sobre una cosa. En Derecho Penal sin embargo, el término no puede ser entendido en la misma forma que en Derecho Privado en lo referente a la protección otorgada al poseedor, la razón es muy sencilla, los delitos contra el patrimonio abarcan las más variadas y diversas conductas que imponen interpretaciones en el campo penal. Por ejemplo, para el derecho civil el "cobrador" que hace efectiva una factura de cuyo cobro está encargado en razón de su trabajo, es un típico caso de poseedor precario toda vez que detenta la cosa en nombre de otro. Para el Derecho Penal en caso que "el cobrador" decida no entregar a su empleador las cantidades cobradas será de importancia fundamental determinar el carácter de esa posesión, y así tendremos que, dependiendo de la calificación que se dé a esa posesión, habrá quien afirme que se está en presencia de un hurto, mientras que habrá quien sostenga la opinión según la cual se trata de una apropiación indebida. En la LOSPP el término debe ser entendido en un sentido amplio y sin perder de vista la intención del legislador y el bien jurídicamente protegido. Se trata en primer lugar, de una ley cuya finalidad primordial es la de proteger el patrimonio público entendido en su forma más amplia (ver Art. 4). Por otra parte, los artículos 44 y 66 hacen mención al funcionario público que se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, con lo cual parece que el legislador trató de establecer como criterio básico el de la "posesión legítima", la cual podrá ejercer el funcionario en forma inmediata o en forma mediata a través de un tercero. Pensamos que el juez de Salvaguarda del Patrimonio Público al entrar a verificar el alcance y el significado del término "POSESIÓN" a los efectos del artículo 66 de la LOSPP, deberá valorar la situación de los bienes con relación al funcionario investigado, determinar el poder decisorio de éste con respecto a los bienes de que se trate y así verificar si la posesión sea por sí o por interpuesta persona "HA ACRECIDO" el patrimonio de ese funcionario. En caso afirmativo estaremos en presencia del delito de Enriquecimiento Ilícito. Todo esto pudo evitarse si el legislador hubiese optado por el uso de la expresión "INCREMENTO PATRIMONIAL" en lugar del término "POSESIÓN".

Otro aspecto digno de comentarse en esta parte de la exposición, es el relativo a la forma de redacción usada en el artículo 66. Parece difícil determinar el momento de comisión del delito, en este sentido

ya se han oído opiniones que hablan de "CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD" en el "tipo". En todo caso esta labor corresponderá a la jurisprudencia.

Con respecto al mismo artículo 66 queda por analizar todo lo referente a la prueba de los hechos imputados al indiciado. ¿Cómo se comportará el juez cuando el procesado no logre probar la procedencia de los bienes de que se trate? ¿Qué ocurrirá en ese caso? Al respecto se han oído opiniones en el sentido de afirmar que el artículo 66 presenta visos de inconstitucionalidad por cuanto invierte la carga de la prueba, colocando al indiciado en la situación de tener que comprobar la procedencia de los bienes porque de lo contrario la decisión tendrá que ser condenatoria. De esta manera, al invertir la carga de la prueba se estaría violentando la "presunción de inocencia".

El argumento anterior es rebatido afirmando que no se puede hablar de inconstitucionalidad por violación a la presunción de inocencia, toda vez que ésta no está consagrada en la Constitución Nacional del 61.

Al margen de la discusión sobre la inconstitucionalidad del artículo 66 de la Ley que se comenta, una cosa sí parece cierta, y es que en ningún caso es dable aceptar la hipótesis según la cual le corresponde al procesado la prueba de su inocencia. En la Constitución del 61, la presunción de inocencia inspira todo el capítulo de los Derechos Individuales (Cap. III) del Título III ("De los deberes, derechos y garantías). Allí está la redacción del artículo 60 para corroborarlo; no es posible afirmar que la presunción de inocencia no está presente en el texto constitucional, no está consagrada expresamente, cierto; pero esto no implica su negación. De la lectura del capítulo correspondiente a los "DERECHOS INDIVIDUALES" se evidencia indefectiblemente que la presunción de inocencia es un concepto presente a todo lo largo de la Constitución. Allí está para comprobarlo el artículo 69 que erige la defensa como derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. De igual forma encontramos los ordinales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 60 de la Constitución. De manera pues, que la inocencia del procesado emerge del texto constitucional, más que como norma expresa, como un concepto inescindible e inspirador de toda la materia referente a los derechos ciudadanos. Y por si esto no fuera suficiente hay que añadir el análisis filosófico y político toda vez que la presunción de inocencia data de época anterior a la Revolución Francesa. Es un concepto de un profundo contenido humanista, no es producto de hechos aislados, sino que por el contrario, su formulación es la forma mejor acabada de insurgir

contra toda la época medieval. La presunción de inocencia responde a una necesidad histórica de respeto al ciudadano y consagración de un conjunto de derechos y garantías que permiten en todo momento el desarrollo de la personalidad humana en su sentido más amplio; dicha presunción representó la mejor forma de acabar con la justificación de la tortura como medio legítimo para obtener la confesión del procesado. Hasta el siglo XVIII se presumía la culpabilidad del procesado y bajo dicha premisa surge inexorable la primera consecuencia: La legitimación de cualquier medio para obtener la confesión toda vez que esta última tiene que representar el fin último perseguido.

Así, pues, que la presunción de inocencia representa el bastión de mayor importancia entre los derechos individuales; tan es así que de allí se deriva todo lo relativo a la detención preventiva, el derecho a la defensa, la prohibición de torturas, etc.

A nuestro juicio es insostenible cualquier posición que pretenda negar la existencia de la presunción de inocencia en las normas consagradas en la Constitución Nacional del 61. Formular dicha afirmación es desconocer la fuente de inspiración del constituyente y aún más grave, es negar el profundo contenido filosófico y jurídico que ella encierra como pilar fundamental de un Estado de Derecho entendido como ente garantizador de los derechos humanos fundamentales tal y como está consagrado en todas las Declaraciones Internacionales de Derechos del Ciudadano, las cuales por otra parte, son leyes nacionales al haberse cumplido los procedimientos respectivos en materia de aprobación de Convenciones y Tratados Internacionales.

Concluyendo este punto, pensamos que sí se está violando la presunción de inocencia cuando se impone al procesado la carga de comprobar el origen de los bienes de que trata el mencionado artículo 66 de la LOSPP. "El "TIPO LEGAL" es claro: "en posesión de bienes cuyo origen no logre justificar...". Si el procesado, por ejemplo, se acoge al precepto constitucional nos encontramos que no comprobó el origen de sus propiedades; en consecuencia deberá ser condenado. Esa condena equivale a decir que se le condenó como consecuencia de haber ejercitado el derecho individual consagrado en el ordinal 4º del artículo 60 de la C.N. Situación que a todas luces es inconcebible por ilógica. Así, pues, que visto desde cualquier ángulo, la "Creación" del "Tipo" consagrado en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público es a todas luces inconstitucional.

2.2. *El artículo 69 de la ley. "EL ABUSO GENÉRICO DE AUTORIDAD". Su derogatoria y el inconveniente de esa eliminación*

Corresponde el análisis de la norma consagrada en el artículo 69 de la LOSPP. La lectura del mismo en concordancia con el artículo 103, implican una derogatoria expresa de la figura conocida en doctrina penal como "ABUSO GENÉRICO DE FUNCIONES", consagrada por el legislador penal ordinario en el artículo 204 del Código Penal. A partir del 1º de abril no existe dicho delito. Cuáles fueron las causas que indujeron al "LEGISLADOR" para tal decisión, no lo sabemos. Lo cierto es que en un país como Venezuela, en el cual el funcionario público tiene una muy particular y marcada tendencia de "hacer uso del cargo" para abusar de sus funciones, comportándose en muchos casos de forma prepotente y abusiva para con el ciudadano, en un país así —repetimos— las consecuencias de haber derogado el "abuso genérico de funciones" pueden ser imprevisibles.

Queremos pensar de la mejor buena fe que fue un "error" del legislador, quien no previó las consecuencias de su acción legislativa. Hasta hay quienes hablan de "error de copia en la *Gaceta Oficial*", pero he aquí donde se impone un acotación: "NO HAY ERROR DE COPIA EN LA GACETA OFICIAL". Cuando el Congreso aprueba la ley y la envía al Presidente de la República para que éste, si lo consideraba procedente, ejerciera su derecho a veto, no existía el contenido del artículo 103; por otra parte, el artículo 65 de la ley consagraba expresamente el tipo legal de "abuso genérico de autoridad". El Presidente, en ejercicio de la facultad de veto, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución Nacional, solicitó al Congreso la reconsideración de la ley, pero no se objetó para nada el artículo 65 (que sí consagraba el tipo genérico de abuso de autoridad) ni artículo alguno que tuviera conexión con el mencionado artículo 65. La reconsideración estaba solicitada para otros aspectos de la ley. Ahora bien, cuando las Cámaras en sesión conjunta se reúnen para estudiar las disposiciones objetadas, modifican la disposición relativa al abuso genérico de autoridad; por una parte eliminan el encabezamiento del artículo 65 —que consagra el tipo— y simultáneamente incorporan el artículo 103 en su formulación actual incluyendo el artículo 204 en la lista de artículos del Código Penal que fueron derogados por la LOSPP. Parece ser que no consta en el libro de debates el origen de dicha modificación.

3. PARTE ADJETIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

Queda por analizar la parte adjetiva de la ley. A tales efectos se dividirá la exposición en los siguientes puntos:

3.1. Artículo 81 de la ley y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". Repercusiones en el ámbito de la justicia militar.

3.2. La instrucción en la LOSPP.

3.2.1. La instrucción directa y el principio de inmediación procesal.

3.2.2. Paralelismo en la instrucción. Consecuencias posibles.

3.3. El juicio en ausencia.

3.4. El juicio oral. Su obligatoriedad.

3.5. Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la ley. Consideración especial en torno al nombramiento de los jueces del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3.1. *El artículo 81 y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público"*

La LOSPP en su artículo 81 "crea" la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que determine el Ejecutivo Nacional.

La creación de esta jurisdicción especial reviste particular importancia toda vez que a través de la misma, el legislador despojó cualquier duda que pudiese presentarse en relación a situaciones en las cuales hubiera concurrencia de delitos de diversa naturaleza, o intervención de diversos sujetos activos. En este sentido los artículos 89 y 90 de la ley definen ambas situaciones, por una parte, el artículo 89 plantea la solución a la hipótesis en que concurran en el hecho punible tanto funcionarios de los mencionados en el artículo 82 (altos funcionarios) como otro tipo de funcionarios particulares, indicando que en tales casos será competente para decidir, el Tribunal Superior de Salvaguarda. En caso de tratarse de sujetos distintos a los indicados en el artículo 82 (es decir, los otros funcionarios y/o los particulares), corresponderá el conocimiento de la causa al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el territorio donde se hubiere cometido el hecho más grave.

En caso de delitos de igual gravedad, operará la figura del "avocamiento" como determinante de la competencia para conocer todos los hechos.

El artículo 90 merece comentario especial por cuanto define toda una materia que desde ahora se vislumbra como probable fuente de muchas discusiones: la materia relativa a la jurisdicción militar.

A nuestro parecer, por primera vez en muchos años el legislador no titubeó a la hora de fijar posición en torno a los mal llamados "conflictos de competencia". Y no podía ser de otra manera. El legislador no tenía otra alternativa luego de haber declarado en el artículo 81 la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". En efecto, el artículo 90 decreta la supremacía absoluta de la jurisdicción especial de Salvaguarda frente a cualquiera otra. Fue enfático el legislador al establecer que... "basta que un delito de los previstos en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público se hubiere cometido en concurrencia con otro u otros de diversa naturaleza para que la competencia corresponda exclusivamente a los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público". No amerita mayores comentarios dicha norma, sin embargo, queda por analizar otro aspecto de la cuestión; no faltará quien se pregunte: ¿quién juzgará al militar que comete un delito contra el patrimonio público encontrándose en alguna de las circunstancias señaladas en el ordinal 3º del artículo 123 del Código de Justicia Militar? La respuesta tiene que ser afirmativa, toda vez que el mencionado ordinal del artículo 123 del CJM está referido a los delitos *comunes* (por oposición a los delitos militares). Pero a partir del 1º de abril de 1983 surge un tercer tipo de hechos punibles: "LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PÚBLICO" y las personas que incurran en ellos serán procesados por los tribunales con jurisdicción en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El anterior criterio es reforzado luego de la lectura del artículo 7, ordinal 2º, que establece: "...Los suboficiales, clases y soldados de las Fuerzas Armadas Nacionales que no ejerzan funciones administrativas..." están exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio. Por interpretación a contrario, dichos funcionarios están obligados a formular declaración jurada de patrimonio cuando desempeñen funciones administrativas, con lo cual son sujetos destinatarios de la ley en análisis.

Finalmente con relación a este punto es importante señalar los artículos 2 y 4 de la ley. El artículo 2 al tratar de definir la noción de "funcionario público" a los efectos de la ley, señala en el nume-

ral 1º:... “A todos los que estén investidos de funciones públicas al servicio de la República...”. Por su parte el artículo 4, al tratar de definir la noción de “Patrimonio Público”, establece: “...el que por cualquier título corresponda a: 1º... la República...”. Partiendo de ambos artículos, se tiene que concluir inexorablemente que todos los bienes que de alguna manera pertenecen a las FAN, deben ser considerados como parte integrante de “la República” y por ende comprendidos en la expresión... “bienes que por cualquier título pertenecen a la República”.

Todo lo anterior adquiere particular importancia cuando observamos al Capítulo IX, Título III del CJM, relativo a los “Delitos contra la Administración Militar”; nos inclinamos a pensar que ese Capítulo ha sido derogado, a pesar de no estar incluido en el artículo 109 de la LOSPP, el anterior criterio se sustenta en que todo el Capítulo IX (DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN MILITAR) está referido a conductas atentatorias contra bienes que en alguna forma pertenecen a la Administración de las FAN y por ende, a bienes que forman parte del Patrimonio Público. En efecto, tanto el artículo 570 en seis de sus 7 ordinales (quizá sólo el ordinal 6 pudiera excluirse), como el artículo 571, hacen mención a conductas atentatorias de bienes pertenecientes a la institución armada.

Pensamos que a partir del 1º de abril de 1983, los hechos que configuren alguno de los delitos contemplados en el Capítulo IX, Título III del CJM, sin duda alguna deberán ser conocidos por el correspondiente Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público y ello en razón de que todas y cada una de las conductas que contempla el CJM dentro de los delitos contra la Administración Militar, están contemplados en la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. El hecho de no estar incluido dicho capítulo en el artículo 109 de la ley no es óbice para afirmar (en aplicación de los principios generales en materia de sucesión de leyes en el tiempo), que con la entrada en vigencia de la LOSPP ha sido derogado en su totalidad el capítulo del CJM correspondiente a los “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN MILITAR”.

3.2. *La instrucción en la LOSPP*

Dentro de la presente exposición se ha considerado necesario esbozar algunos problemas que pudieran surgir en la instrucción de los procesos que se sigan por la Comisión de Delitos contra el Patrimonio

Público. Al respecto se desarrollarán sólo dos aspectos que a nuestro juicio resultan los más resaltantes en el texto en análisis.

3.2.1. *La instrucción directa y el principio de inmediación procesal*

La LOSPP presenta en el sumario dos normas interesantes como son las contempladas en los artículos 85 y 86. A pesar del orden numérico, comentaremos primero la contenida en el artículo 85, toda vez que se trata de una materia que atañe a un principio procesal básico, cual es el de la inmediación procesal. En efecto, el mencionado artículo 85 establece la obligación de la "instrucción directa" para los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público en los procesos cuyo "conocimiento les compete". De la lectura de esta parte del artículo, se evidencia que el legislador quiso evitar la "delegación" en la fase instructora por parte del tribunal de la causa; se ponía así en plena vigencia el principio de la "inmediación procesal" en virtud del cual, el juez ejerce el control directo de la causa, convirtiéndose así en el rector máximo del proceso; sin embargo, el propio legislador creó una excepción "... salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución...", "cuando podrán librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República o del extranjero, según corresponda".

Sostenemos el criterio que la excepción mencionada, acaba con la regla de la instrucción directa, ya que, los actos del sumario son, por antonomasia, las citaciones, notificaciones y evacuación de pruebas que constituyen justamente tres de los casos en los cuales el Juez o Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público podrá delegar la función instructora. En la práctica judicial actual, esto equivaldría a que en corto plazo, los actos esenciales del sumario serán cumplidos por tribunales comisionados, lo cual permitirá dejar sin efecto la instrucción directa del Sumario. Algunos parlamentarios han pretendido explicar que no es correcta la anterior interpretación afirmando que en el artículo 85 la expresión... "Evacuación de pruebas..." está referida a actuaciones en el plenario. Quizás eso fue lo que quiso decir el legislador, pero al utilizar el término... "Instructores directos...", ¿cómo entender que en el plenario haya instrucción? Para nadie es un secreto que la instrucción es fase sumarial. A pesar de todo ello, confiamos sin embargo, en la razón de los jueces y tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público para que no deleguen en ningún caso la instrucción del proceso, además de la utilización del recurso final de no aplicación de la

parte final del artículo 85 de la LOSPP, que consagra la excepción a la regla de la instrucción directa, por contradictoria con la primera parte del mismo artículo.

3.2.2. *Paralelismo en la instrucción y sus posibles consecuencias*

La LOSPP en su artículo 56 establece "que las averiguaciones o actuaciones que practiquen la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, de conformidad con las atribuciones que le confiere esta ley, no impiden ni menoscaban las de los tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, y, en ningún caso, podrán ser opuestas aquéllas como cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional". De esta forma, se admite un paralelismo en la investigación, situación esta que puede degenerar en un conjunto de actuaciones contradictorias que traigan como consecuencia la impunidad. La experiencia fôrense demuestra claramente los resultados diversos que se obtienen a la hora de interrogar a un testigo en diversas instancias. Si eso ocurre cuando se trata de una misma persona interrogada, es de imaginar qué ocurrirá cuando se trate de acopio de diversas pruebas y diversos interrogatorios, cumplidos cada uno de ellos en organismos tan distintos como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el respectivo Tribunal competente.

El artículo 57 por otra parte, determina el valor probatorio de las diligencias que practiquen la Contraloría General y/o el Ministerio Público, lo cual despeja cualquier duda que pudiera existir en cuanto al reconocimiento de facultades instructoras a organismos como la Contraloría General y el Ministerio Público, carecen de la infraestructura necesaria para llevar adelante una investigación sumarial.

El mencionado artículo 57 por otra parte, no es otra cosa que una copia (*mutatis mutandi*) del artículo 75-J del CEC, que determina el valor probatorio de las actuaciones cumplidas por la Policía Judicial en el proceso penal ordinario.

Todo lo anterior, evidencia una intención expresa en el legislador de otorgar la mayor amplitud de poderes inquisidores a órganos diversos en la fase instructora. No opinamos acerca de la bondad de dicho criterio, lo que sí creemos es que el paralelismo en la instrucción —repetimos— traerá una complejidad tal en la investigación, que en no pocos casos, la consecuencia será la impunidad.

No queremos terminar el comentario de esta parte sin llamar la atención sobre el numeral 1º del artículo 51 en la expresión: "...Si aparecieren fundados indicios de la comisión de un delito...". No parece correcta dicha mención, toda vez que sólo el órgano jurisdiccional es el competente para pronunciarse acerca de la existencia de fundados indicios de culpabilidad.

3.3. - *El juicio en ausencia*

Los artículos 91 y subsiguientes de la LOSPP regulan todo lo referente al juicio en ausencia. No es otra cosa que el desarrollo del artículo 60, ordinal 5º de la Constitución Nacional que contempla la posibilidad de un proceso contra el procesado ausente. El primer problema que surge en relación a este punto es el relacionado con la persona incurso en delitos contra el Patrimonio Público y simultáneamente haya cometido delitos de otra naturaleza. ¿Qué hacer con esta persona?, ¿cuál será el procedimiento a seguir? Pensamos que en este caso no es posible imaginar que el procedimiento en ausencia se siga con relación a todos los hechos punibles; la Constitución Nacional es clara al respecto: el procedimiento en ausencia sólo es posible cuando se trate de delitos contra la cosa pública. En todo caso, el juicio en ausencia continuará su curso en forma autónoma en lo referente a los delitos contra el patrimonio público, mientras que con respecto al delito o delitos de otra naturaleza, se aplicarán las normas del CEC, de tal forma que si el enjuiciado no es capturado, el proceso quedará en suspenso hasta tanto se logre su captura.

3.4. *De la obligatoriedad del juicio oral*

Lo único novedoso de la ley en este aspecto, radica en la obligatoriedad del juicio oral. En efecto, el CEC en sus artículos 412-A y ss., determina el procedimiento a seguir en el juicio oral, pero el 412-E da la posibilidad al juez para que éste, después de la contestación de los cargos por el reo, decida si continúa el proceso por la vía del procedimiento ordinario o si opta por el juicio oral. La LOSPP no da esa posibilidad de optar; lo impone como obligación en el artículo 99, agregando que en ningún caso las audiencias del juicio oral serán secretas. Todo ello para permitir el "CONTROL DEL PROCESO" por parte del público; aquí se manifiesta en toda su magnitud la importancia de la publicidad del proceso penal.

3.5. *La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada*

Importante la declaratoria del artículo 101 de la LOSPP que coloca a la Sala de Casación Penal de la CSJ como Tribunal de Alzada, con competencia para conocer y decidir las apelaciones interpuestas contra las decisiones que en primera instancia dicten los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público. Decimos importante, porque de esta manera se coloca a nuestro máximo Tribunal en situación de Tribunal de Instancia, de Tribunal que examinará hechos; abandonando así el modelo francés, según el cual la CSJ sólo conoce el Derecho a través del Recurso de Casación. Era el viejo concepto elitesc y exclusivista de la Casación. Creemos que con esta norma se inicia el camino hacia el establecimiento en Venezuela de un modelo de CSJ que responda un poco más a nuestra idiosincracia.

3.6. *El nombramiento de los Jueces Superiores de Salvaguarda**

Mención especial merece el artículo 83 de la LOSPP que otorga la potestad a la CSJ, en pleno, para nombrar a los tres jueces que integrarán el primer Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El legislador —no se sabe por cuáles razones— optó por dejar en manos de la CSJ el nombramiento, en lugar de conceder dicha potestad al Consejo de la Judicatura (tal y como aparecía en el texto de la ley aprobada en el Congreso). Ante tal situación, se viene comentando insistentemente que el Consejo de la Judicatura, a través de sus miembros, intentará un Recurso de Inconstitucionalidad del mencionado artículo 83, toda vez que lesiona la norma constitucional que menciona al Consejo de la Judicatura como el organismo encargado de la organización del aparato judicial. Por otra parte, se argumenta que en caso de ser nombrados por la Corte Suprema de Justicia, los jueces del Tribunal Superior

* Para el momento de estar en imprenta este trabajo (3-6-82) aún la CSJ no había nombrado los tres jueces que deben integrar el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, incumpliendo de esta forma, la propia CSJ en pleno (el Máximo Tribunal de la República), el mandato legal que le fuera impuesto en el artículo 110 de la ley que establece: "La presente ley entrará en vigencia el 1º de abril de 1983. ANTES (NUESTRO) de dicha fecha se crearán el o los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público...". La CSJ está en mora. Un nacimiento por demás accidentado para un instrumento legal en el cual —a nuestro juicio— se está confiando en exceso para poner coto a la corrupción administrativa que actualmente corroe las bases institucionales del sistema democrático.

de Salvaguarda del Patrimonio Público no podrán ser considerados como jueces de carrera, de conformidad con la Ley de Carrera Judicial.

Nos atrevemos a afirmar que está destinada al fracaso toda solicitud de inconstitucionalidad basada sobre esos argumentos. La facultad de la CSJ para nombrar jueces, le viene atribuida en el artículo 44, ordinal 8º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Con respecto al otro punto, los únicos jueces excluidos de la carrera judicial son los jueces de la jurisdicción militar.

3.7. *Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la ley*

Antes de avanzar las conclusiones finales de esta intervención, queremos referirnos muy especialmente a los artículos 103, 115 y 116. El artículo 103 de la LOSPP prohíbe expresamente cualquier posibilidad que permita la libertad del procesado a lo largo de la causa. Hay quienes afirman que el legislador fue excesivamente duro en este artículo y que por otra parte, esto refleja la intención —fundamentalmente represiva— que animó este instrumento legal.

Los artículos 115 y 116

Dichos artículos están enmarcados en las “DISPOSICIONES TRANSITORIAS” relativas a la sucesión de leyes en el tiempo.

El artículo 115 determina el modo cómo deberán proceder los jueces penales o civiles, según los casos, que para el 1º de abril estén conociendo de juicios relacionados con conductas reguladas en la nueva ley.

La primera hipótesis establece: “...seguirán conociendo los que fueren de su competencia... de acuerdo con esta ley...”. ¿Qué quiso decir el legislador? Que aquellos Tribunales de Primera Instancia en lo Penal que el Ejecutivo Nacional faculte para ejercer las funciones de Juzgados de Primera Instancia en la materia de SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO, deberán continuar en el conocimiento de las causas que para el 1º de abril estuvieren conociendo por la Comisión de Delitos contra la Cosa Pública. Si en cambio se tratase de Tribunales de Primera Instancia en lo Penal que para el 1º de abril estuvieren conociendo de causas por la Comisión de Delitos contra la Cosa Pública y que no tienen jurisdicción en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, deberán remitir los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. Ahora bien, ¿para qué enviar los autos a ese Tribunal? ¿Para su distribución? ¿Para que sean decididos? Creemos

que la intención del legislador no puede ser otra que la de enviarlos para que sean decididos en Primera Instancia por el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. No tiene sentido pensar en la función distribuidora del Tribunal Superior de Salvaguarda; hasta ahora los tribunales que han fungido como tribunales distribuidores son de la misma jerarquía que los tribunales hacia donde se distribuyen los expedientes correspondientes. Así tenemos que un Tribunal de Primera Instancia es distribuidor de otros de Primera Instancia, así como un Tribunal Superior es el encargado de distribuir hacia otros superiores. No hay motivos racionales para pensar que el legislador quiso que se enviaran los expedientes en curso por delitos contra la cosa pública, hacia el Tribunal Superior de Salvaguarda para que éste procediera a su distribución. Sin embargo, pudiera argumentarse: ¿Por qué el Tribunal Superior de Salvaguarda debe decidir en Primera Instancia de causas cuyo conocimiento, en circunstancias normales, correspondería a Tribunales de Primera Instancia en lo Penal?

Creemos que por tratarse de una norma cuya vigencia será limitada en el tiempo (recuérdese que es una Norma Transitoria), ya que una vez decididos esos expedientes, no será posible imaginar situaciones análogas. Esta es una característica típica de las Normas Transitorias, para así enfrentar el pasaje de la ley derogada a la ley nueva.

Lo anteriormente expuesto es en cuanto a los jueces penales. ¿Qué ocurre con los jueces civiles que para el 1º de abril estuvieren conociendo de juicios originados por la comisión de hechos ilícitos que hayan lesionado el patrimonio público? A nuestro parecer, la ley es clara en la respuesta: Deberán proceder de igual manera que los jueces penales de Primera Instancia que no tienen jurisdicción en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, es decir, deberán remitir los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. Hay quienes, no estando de acuerdo con el criterio anterior, afirman que de lo que se trata en esta parte del artículo 115 es de una prórroga de la competencia, criterio según el cual, los jueces civiles que estén en esa situación deberán seguir conociendo de dichas causas a pesar de su incompetencia. A nuestro juicio, esto último no es posible, ya que se trata de una jurisdicción especial; por tanto, de una norma de procedimiento, que según principios generales (ratificados en el artículo 116 de la ley) se aplican desde la entrada en vigencia de la ley.

Así tenemos que el artículo 115 tiene una vigencia limitada en el tiempo, ya que se trata de una norma destinada a facilitar el paso

de una ley derogada a la ley nueva. Tiene por objeto indicar el procedimiento que deberán seguir los jueces (civiles o penales) que para el 1º de abril estuvieren conociendo de causas (penales o civiles) para cuyo conocimiento eran competentes *hasta* el 1º de abril (fecha de entrada en vigencia del nuevo instrumento legal). De aquí nacen las tres hipótesis:

1) Jueces penales de Primera Instancia que tienen jurisdicción en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público: Seguirán conociendo.

2) Jueces penales de Primera Instancia que no tienen asignada la jurisdicción de Salvaguarda del Patrimonio Público: Deberán enviar los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3) Jueces civiles (que en ningún caso pueden seguir conociendo según la nueva ley por no tener jurisdicción, quedando así equiparados a los Juzgados Penales que están ubicados en el numeral 2). Igualmente deberán enviar los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

De esta forma, el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público deberá decidir en Primera Instancia estos procesos. Una vez resuelta esta situación, la aplicación de la Norma Transitoria no será posible y así habrá cumplido la función que le es propia a todas las Normas Transitorias, la de facilitar el paso de la ley derogada a la ley nueva.

CONCLUSIONES

Creemos que el instrumento legal aprobado y próximo a entrar en vigencia debe ser tomado en cuenta en sus reales dimensiones. No debe considerársele como la panacea, como el instrumento legal que finalmente permitirá ponerle fin al fenómeno "corrupción administrativa". Es una ley que deberá ser objeto de reforma a corto plazo, reforma que estará orientada a mejorarla en los aspectos que se presenten como insuficientes a lo largo de su aplicación en tiempo razonable.

Venezuela es un país de gente joven —para fortuna de todos— al cual le falta mucho camino por andar. Cierto que el Poder Judicial está muy cuestionado actualmente, no sólo ese Poder, sino el Congreso y también el Ejecutivo. Pareciera que nos encontramos en la antesala a un nuevo rumbo. Ojalá sea así, no por la aprobación de una o varias leyes, sino porque —como dijeron los politólogos en este Seminario— el momento histórico así lo exige.

Somos optimistas y creemos en esa circunstancia. No podemos creer en una ley como instrumento eficaz para acabar con una realidad, porque ya el Código Penal existe, y sin embargo, no se aplica en la mayoría de sus normas. Si esto es así, ¿por qué pensar que una nueva ley cambiará toda la situación vigente? El Estado de Derecho encuentra su asidero en los órganos encargados de administrar justicia, si la población no cree en sus jueces, casi todo está en peligro.

Recordemos a Carnelutti cuando al hablar de la misión del juez expresó: "EN LO MÁS ALTO DE LA ESCALA ESTÁ EL JUEZ; NO EXISTE UN OFICIO MÁS ALTO QUE EL SUYO NI UNA DIGNIDAD MÁS IMPONENTE. ESTÁ COLOCADO EN EL AULA, SOBRE LA CÁTEDRA Y MERECE ESTA SUPERIORIDAD".

Cuando el juez comprenda el real valor y significado de esas frases y las realice, merecerá esa superioridad. El respeto a su dignidad de magistrado será la consecuencia lógica y el reconocimiento como hombre probo y talentoso.

En la existencia de la LOSPP y su aplicación será fundamental su nacimiento. ¿Quiénes serán nombrados como Jueces Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público? Si el nombramiento obedece a razones exclusivamente partidistas, por encima de consideraciones de capacidad y probidad, la corrupción administrativa continuará su camino. Si por el contrario, los nombramientos responden a los criterios sanos y justos que deben inspirar una decisión de este tipo, se podrá albergar alguna *esperanza* de comenzar a realizar una obra de enseñanza efectiva que sirva de base para cambiar la concepción mental que actualmente tiene el venezolano frente a los bienes del Estado. Creemos que en manos de la jurisprudencia queda la vigencia de este nuevo instrumento legal.

EL ENJUICIAMIENTO EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

ESTEBAN AGUDO FREYTES

El Título VII de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, denominado "*Del Enjuiciamiento*", se divide en dos capítulos: "*De la Jurisdicción*" el primero y "*Del Procedimiento*" el segundo.

I. DE LA JURISDICCION

1. El artículo 81 de este primer capítulo crea la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, a quienes el Ejecutivo Nacional ha dado también la competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, conforme a Decreto Ejecutivo de fecha 30 de marzo de 1983.

"Confúndese generalmente la «jurisdicción» y la «competencia»; la jurisdicción es el poder de juzgar, y la competencia la medida de ese poder. En efecto, todos los jueces tienen jurisdicción para administrar justicia, porque tal es la función que les está encomendada por la sociedad; pero todos los jueces no tienen igual competencia para conocer o entender indistintamente en todos los negocios, sino en los que privativamente les asignen las leyes, la competencia es, pues, la jurisdicción circunscrita a un radio de acción determinado". R. Marcano Rodríguez, *Apuntaciones analíticas*. . . , tomo I, p. 249. Caracas, 1941.

La Jurisdicción es el ejercicio del poder judicial, conforme lo establece el artículo 204 de la Constitución, desarrollado en los artículos 2º, 4º y 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El primero de éstos, en sus incisos segundo y tercero, menciona a "los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria" y a "los Tribunales de Jurisdicción Especial". El artículo 7º

señala la Jurisdicción de los Tribunales Ordinarios sobre las materias civiles, mercantiles y penales, o en cualquiera de éstos solamente, de conformidad con la estructura orgánica de cada uno de ellos, y cuando la ley así lo disponga. Por exclusión de estas materias, y en referencia con lo que determina el artículo 4º, a los Tribunales de jurisdicción especial les correspondería conocer de las causas y asuntos: militares, políticos, administrativos, fiscales, del trabajo, de menores; y de los señalados por la Constitución y la Ley, con posterioridad a la promulgación del Estatuto Orgánico del Poder Judicial de 21 de diciembre de 1952, ahora Ley Orgánica: Tránsito, de Inquilinato, Agrarios y Contencioso-Administrativas.

1.2. Los diferentes proyectos que se sucedieron desde abril de 1975 no mencionaban expresamente una Jurisdicción Especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, sino una competencia en esta materia, hasta que el proyecto de la Cámara de Diputados de 27 de octubre de 1980 denominó el Título IX: "De la Jurisdicción de Salvaguarda del Patrimonio Público", y en el artículo 102 creó esta Jurisdicción Especial, creación que provocó pareceres contradictorios. En el Foro que hubo en Coro en 1976, sobre el Proyecto de 1975, sostuve que bastaba señalar que estos Tribunales tendrían una *competencia especializada* en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, pues ellos sólo tratan de asuntos de índole civil y penal. La creación de una Jurisdicción Especial fue una de las observaciones que hizo a la Ley ya sancionada como Acto Legislativo el Presidente de la República; observación que incurría en la confusión de invocar el inciso segundo del artículo 215 de la Constitución, según el cual el conocimiento de los delitos políticos cometidos por los altos funcionarios nacionales enumerados en esa disposición, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, y el conocimiento de los delitos no políticos en que incurran los mismos funcionarios corresponde a los Tribunales Ordinarios.¹

Esta Ley da una jurisdicción competente a los Tribunales que determina (Art. 81), para conocer de los delitos previstos en ella y para determinar la responsabilidad civil por hecho ilícito (Art. 86); y da competencia territorial en toda la República a los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, con sede en Caracas, y, en sus respectivas Circunscripciones territoriales, a los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que el Ejecutivo Nacional determinó (Arts. 82 y 84).

1. Imputación de Inconstitucionalidad que fue rechazada por el Congreso.

2. El artículo 81 trae la denominación de Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y de Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público. El Proyecto de la Cámara de Diputados de 1981 llamaba al primero *Corte* de Salvaguarda del Patrimonio Público con sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio de la República integrada por cinco Magistrados, y a los órganos de Primera Instancia los denominaba Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, que funcionarían en las Circunscripciones judiciales *especiales* que creare el Ejecutivo Nacional. El Senado consideró "en base a la experiencia tenida por el funcionamiento de jurisdicciones especiales recién creadas, que sólo resultarían en la formación de una burocracia excesiva y dispendiosa con el agravante de que Circunscripciones especiales por el Territorio han creado trastornos y dificultades para la buena marcha de la administración de la justicia". Consideró también "que los nombres de Corte Superior para el órgano de alzada y de Magistrados para sus integrantes, debían suprimirse, para ser consecuente con la tradición legislativa que ha adoptado la denominación de Tribunales, cuando se trata de órganos colegiados de las jurisdicciones especiales: Tribunales Superiores de Hacienda, Tribunales de Impuesto sobre la Renta, Tribunales de la Carrera Administrativa, Tribunales de Apelación de Inquilinato, antiguos Tribunales Superiores del Trabajo" (aunque no adoptan esa denominación los Juzgados Superiores de Menores). Opino también "que la supresión de las Cortes Superiores en lo Civil y en lo Penal que eran los órganos de alzada en la jurisdicción ordinaria, ha creado las condiciones para la adopción definitiva en la organización judicial venezolana de la terminología propia de los países de origen hispano, en los cuales los órganos de instancia se llaman Juzgados cuando son unipersonales y Tribunales cuando son colegiados (Arts. 3º y 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); que el término Corte quedaría reservado a la cabeza del Poder Judicial. Consideró también que la denominación de Magistrados es propia de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, *de acuerdo al texto de la Constitución*. (Empero, como disposición transitoria, la propia Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha dado el nombre de Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo al Tribunal de alzada en esta jurisdicción especial y llama Magistrados a sus Jueces).

3. Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público tendrán su sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio de la República. Según el Proyecto inicial de 1975, sus integrantes serían designados: uno, por el Presidente de la República, otro por el Congreso

en sesión conjunta y un tercero por la Corte Suprema de Justicia. Este punto de la designación de los miembros de aquel órgano judicial fue el más crítico, desde el punto de vista de las fracciones políticas, en todo el lapso de siete años de formación de la Ley. Según el proyecto de la Cámara de Diputados de julio de 1981, debían ser designados por la Corte Suprema de Justicia y los Juzgados de Primera Instancia de Salvaguarda del Patrimonio Público, serían nombrados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Comisión de Política Interior del Senado en su informe del 16-6-82, manifestó que: "No alcanza a comprender cuál es el motivo para pretender que el nombramiento de los Jueces de la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia, sobre todo si se toma en cuenta que esta última, por órgano de la Sala Político-Administrativa, designa a la mayoría de los miembros del Consejo de la Judicatura"; y estableció en el artículo 70, que los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público estarán integrados por tres Jueces designados de conformidad con la Ley de Carrera Judicial. Sin embargo, cuando el Congreso en sesión conjunta de sus Cámaras consideró las observaciones del Presidente de la República, y tomando en cuenta que tenía atribuciones para considerar las materias conexas con ellas, modificó el artículo de la Ley y otorgó nuevamente a la Corte Suprema de Justicia en pleno la potestad de nombrar a los tres Jueces que integran los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, como aparece en el artículo 83 de la Ley vigente. Esta atribución de la Corte la prevé su Ley Orgánica en el inciso 8º del artículo 44: "Nombrar los Jueces... cuya atribución le atribuya la Ley y recibir el juramento de aquéllos que deban prestarlo ante ella". Está pendiente una demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 83, presentada el 5 de abril de 1983.

4. En el ordinal 1º del artículo 82, el Senado extendió el fuero a los Jueces Superiores,² por que se consideró inconveniente que fuesen

-
2. ¿Podrá incluir esta expresión a todos los Jueces Superiores que tienen competencia para conocer en alzada de las sentencias dictadas en primera instancia? Miembros de la Corte Marcial cuando conocen en segunda instancia de las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra (Ord. 2º del Art. 38 del Código de Justicia Militar); Magistrados de la Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo cuando actúan en ejercicio de las atribuciones que le dan los incisos 1º, 2º y 4º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; Jueces Superiores de Hacienda, Tribunales de Apelación de Inquilinato, Juzgados Superiores del Trabajo y Juez Superior de Menores y Tribunal Superior Agrario. Considero que, dejando a salvo respecto a los Miembros de la Corte Marcial la previa autorización para ordenar su enjuiciamiento que, dentro del sistema procesal militar de la oportunidad, debe dar el Presidente de la República o el Ministro de la Defensa en los respectivos casos, cabría extenderla a todos ellos.

enjuiciados por un Juez de Primera Instancia, funcionario judicial de jerarquía inferior; al final de dicho inciso, aclaró que el enjuiciamiento de los altos funcionarios se hará por ante el Tribunal Superior, aun cuando hayan cometido el delito en ejercicio de un cargo de jerarquía inferior. Además, agregó un Parágrafo Primero al artículo 82 para precisar que la competencia de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, para conocer de los juicios a que se refiere el ordinal 1º de este artículo, subsiste aun después de que el funcionario haya cesado en su cargo siempre que el delito que se le imputa hubiere sido cometido durante el ejercicio de sus funciones. En relación con la enumeración de funcionarios que hace el inciso 1º del artículo 82 es de observar: que no incluye al Gobernador del Distrito Federal y de los Territorios Federales. El artículo citado ha debido decir: "Los Gobernadores", como lo hace el ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución.³

5. *Competencia por la materia de estos Tribunales con jurisdicción especial*

Para determinar esta competencia es necesario interpretar conjuntamente los artículos 1º, 34, 44, 45, 47 y 86.

a) El artículo 1º señala: "El objeto de la presente Ley es prevenir, perseguir y sancionar *el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública que en ella se determinan*, y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos que se indican en ella".

b) El artículo 34 se refiere a *la responsabilidad civil por hechos ilícitos*: El funcionario o empleado público responde civilmente "cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al patrimonio público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes". Se trata de una especie del hecho ilícito previsto en el artículo 1.185 del Código Civil limitada en cuanto al sujeto activo: funcionario o empleado público y demás personas señaladas en el artículo 2º de la Ley y a los sujetos pasivos del daño: las personas señaladas en el artículo 4º de la Ley.

3. Respecto a los Gobernadores del Distrito y Territorios Federales, existe la prerrogativa procesal del antejuicio de modo que sólo por un *lapsus*, no se los incluyeron, como se comprueba al leer el Informe de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados de 27-10-83, artículo 102, inciso 1º, donde se dice: "los Gobernadores"; y que la única modificación expresa que recibió ese inciso antes de pasar al Senado fue la supresión de la frase: "los Oficiales, Generales y Almirantes"; expresión mantenida en esta última Cámara.

Los artículos 44, 45 y 47 *definen el hecho ilícito especial de enriquecimiento ilícito*, constituido en delito por esta ley, las personas que son responsables civilmente por él y la sentencia ejecutoriada especial de incautación de los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, que pasarán⁴ a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le ha producido un perjuicio económico. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional.

c) El Título VI de esta Ley, dedicado a los Delitos contra la Cosa Pública, definen en sus 22 artículos esos delitos y las penas correspondientes.

Sintetizando: la competencia por la materia de estos Tribunales de la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público abarca dos grandes categorías: 1 acción, responsabilidad y pena por delitos, y 2) acción, responsabilidad y sanción civil por hechos ilícitos.

Respecto a éstos es necesario precisar su ámbito de aplicación: a) acción civil reparatoria nacida de un delito contra la cosa pública: artículos 100 y 95; b) hecho ilícito que cause un daño al Patrimonio Público: artículo 34; y c) incautación de bienes como consecuencia del delito de enriquecimiento ilícito: artículos 44, 45, 46 y 47. Esta ley abandonó la figura civil del Enriquecimiento Ilícito de la Ley anterior derogada, de 1948-1964, y, por lo tanto, ya no es aplicable el ordinal 8º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La competencia de estos Tribunales de Jurisdicción especial excluye la de los Tribunales Ordinarios que conocen en general de la materia penal y de la civil. La acción civil en estos tres casos está considerada por el artículo 100 como de *orden público* y respecto a la derivada de delito el Tribunal procederá aún de oficio. La sanción por el hecho ilícito de enriquecimiento ilícito la establece el artículo 47: "Los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el solo hecho de la sentencia ejecutoriada, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada cuando se ha producido un perjuicio económico. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional". Se trata de una incautación; como puede serlo también, excepcionalmente, la que decretare el Congreso sobre la base de una sentencia firme, de los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, en los casos previstos en el artículo 250, segunda parte de su párrafo aparte, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

4. Las Disposiciones Transitorias Constitucionales 20 y 21 usan también el verbo *pasar* al Patrimonio Nacional: la última parte del artículo 250 de la Constitución emplea el vocablo más apropiado: "incautación".

Dado los términos precisos del artículo 95 de esta Ley, y la desaplicación que, para estos delitos, hace el artículo 86 de ella, del párrafo aparte del artículo 3º del Código de Enjuiciamiento Criminal, no cabe aceptar la acción civil sin formalizar acción penal en estos juicios; pues la derivada de un delito contra la cosa pública es de orden público, se ejerce obligatoriamente por el Fiscal del Ministerio Público y el Tribunal tiene potestad para actuar de oficio.

5.1. *Competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer en apelación de estos juicios*

Esa competencia la establece el inciso 1º del artículo 101 de la Ley. Es una competencia especial enalzada de la Corte Suprema de Justicia en la cual conoce del fondo del asunto, similar a la que establecía la derogada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos de 1948 - 64, en sus artículos 36 y 61. Esta señalaba la Corte Suprema de Justicia, sin indicar la Sala, porque era de fecha anterior (18-10-48) a la Ley Orgánica del Poder Judicial (5-11-48). En cambio, la presente Ley da competencia expresa a la Corte Suprema de Justicia *en Sala Penal*. Por lo tanto, esta Sala conocerá de las apelaciones contra sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitiva de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, tanto en materia de delitos contra la cosa pública, como por Enriquecimiento Ilícito (Nº 2 del Art. 45) y por hechos ilícitos en general contra el Patrimonio Público. Esta Ley desaplica lo dispuesto en los incisos 31 y 34 del artículo 42 y el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, al darle esa atribución promiscua a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se fundamentaría en el inciso 11 del artículo 215 de la Constitución: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia... 11. Las demás que le atribuye la ley".

6. *Competencia para conocer de los delitos y hechos ilícitos contra el Patrimonio Público cometidos por el Presidente de la República*

6.1. *Competencia de la Corte Suprema de Justicia en pleno*

a) *Delitos contra la cosa pública, previstos en esta Ley cometidos por el Presidente de la República*

Según el artículo 215, ordinal 1º, de la Constitución, es atribución de la Corte Suprema de Justicia: "Declarar si hay o no mérito para el

enjuiciamiento del Presidente de la República o quien haga sus veces, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa, previa autorización del Senado, hasta sentencia definitiva". Esta atribución está ratificada en el ordinal 5º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y, según el artículo 43 de la misma será la Corte en pleno la que conocerá del antejuicio de mérito, y, concedida que sea la autorización del Senado, del subsiguiente proceso hasta sentencia definitiva. El antejuicio de mérito deberá iniciarse por acusación ante la Corte del Fiscal General de la República según el ordinal 3º del artículo 39 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 146 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

b) *Acción civil derivada de delito contra la cosa pública*

En cuanto a la acción civil derivada de delito, por fuerza de la conexión procesal, deberá ser intentada ante la Corte Suprema de Justicia que conoce del delito correspondiente contra la cosa pública, por el Fiscal designado para actuar ante la Corte Suprema de Justicia en pleno y ante su Sala Político-Administrativa. (Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 40, inciso 2º).

c) *Enriquecimiento ilícito*

La Corte Suprema de Justicia en pleno conocerá también de la acción civil nacida del delito de enriquecimiento ilícito, que es la incautación de bienes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, ya que la disposición del artículo 42, ordinal 8º y artículo 43 de su Ley Orgánica no tienen más aplicación, pues la figura civil de Enriquecimiento Ilícito a que se refieren estas disposiciones ha desaparecido en la misma Ley especial de Salvaguarda.

6.2. *Competencia del Tribunal de Primera Instancia Penal en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público*

Pero si se tratare de un hecho ilícito diferente al Enriquecimiento Ilícito, contra el Patrimonio Público, la acción correspondiente no podrá ser intentada, sino ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal competente en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público a que se refiere el artículo 84 de esta Ley, dado que no corresponde conocer de estos juicios civiles por hechos ilícitos contra el Patrimonio Público,

cometidos por el Presidente de la República o quien haga sus veces, ni a la Corte Suprema de Justicia ni al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

II. DEL PROCEDIMIENTO

7. El Capítulo II intitulado "*El Procedimiento*" se inicia con el artículo 86 que contiene: a) La declaración de la especialidad de las normas procesales reunidas en el Capítulo y su aplicación preferente; b) En su defecto, la aplicación supletiva del Código de Enjuiciamiento Criminal; y c) La exclusión de la regla de supletoriedad de las formalidades establecidas en el Libro Tercero, Título III, Capítulo III y en el artículo 3º, numeral 2) de dicho Código. Es decir, que no habrá en estos casos información de nudo hecho ni antejuicio de mérito, ni tampoco prejudicialidad penal. La supresión de las formalidades sobre averiguación de nudo hecho y antejuicio de mérito en el enjuiciamiento de los funcionarios corrientes por los delitos contra la Cosa Pública, ya se había hecho el 18 de octubre de 1948 en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, hoy derogada.

7.1. *Reglas de competencia*

a) *Competencia territorial*

El artículo 88 establece que cuando no conste el lugar donde se cometió el delito o cuando fuere cometido en el extranjero, será competente el Juzgado de Primera Instancia que ejerza jurisdicción sobre el territorio donde el agente desempeñó el último cargo o donde ejecutó el contrato o donde cumplió la gestión o mandato o donde tenga su domicilio o sede el organismo público o la empresa a la cual prestó sus servicios.

b) *Reglas especiales sobre competencia*

En el artículo 89 se establecen las siguientes reglas de competencia: a) La regla de competencia especial subjetiva para la hipótesis de pluralidad de agentes por un mismo hecho punible, determinándose que cuando aparecieren como agentes principales, cómplices o cooperadores alguno de los funcionarios públicos o particulares que deban ser enjuiciados por Tribunales de Primera Instancia, por infracciones previstas en la presente Ley, el conocimiento de la causa respecto a todos ellos corresponderá al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público; b) En segundo lugar, se establece la competencia del Juzgado de

Primera Instancia que tenga competencia territorial en el lugar donde se hubiere cometido el hecho más grave cuando, tratándose de sujetos distintos a los indicados en el artículo 82, concurrieren a la perpetración de hechos que deban ser juzgados por diferentes Juzgados de Primera Instancia; y c) Si todos los hechos fueren de la misma entidad, será competente para conocer el Juzgado que primero se hubiere avocado.

7.2. *Competencia especial en los casos de concurso de delitos*

El artículo 90 establece que: "Cuando hubiere concurrencia de delitos, bastará que uno de ellos sea de los previstos en esta Ley, para que la competencia corresponda exclusivamente a los Tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público".

Esta disposición de una Ley Orgánica, posterior en el tiempo y especial en la materia que trata, prevalece sobre la norma, muy antigua, del Código de Enjuiciamiento Criminal sobre la unidad objetiva del proceso, establecida en la segunda parte del artículo 9º de dicho Código: "Tampoco se seguirán al mismo tiempo contra un mismo procesado, diversos juicios, y si éstos corresponden a distintos fueros, el conocimiento de la causa corresponderá siempre a la jurisdicción penal ordinaria. En las causas por delitos militares, se observarán las disposiciones de la respectiva legislación especial". Por consiguiente, la disposición del artículo 9º tiene preferencia aún sobre los delitos penales militares, a reserva de lo que pueda decidir la Corte Suprema de Justicia si llegare a plantearse el conflicto de competencia por algún Juez Militar.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia tiene una disposición similar en el artículo 153: "Cuando el funcionario sea juzgado al propio tiempo por delitos comunes y políticos, la competencia de la Corte prevalecerá".

8. *Caso hipotético de división de la continenencia de la causa*

Podría ocurrir en la práctica la situación de un sujeto que hubiere cometido dos o más delitos, uno de los cuales fuera contra la Cosa Pública y los otros de diferente naturaleza, y no se lograre su detención o se fugare; según el Código de Enjuiciamiento Criminal, artículo 200: "Se practicarán las diligencias sumariales hasta ponerlas en estado de rendirse declaración indagatoria. La inquisición se mantendrá abierta hasta que se logre la detención o comparecencia. Ejecutada una u otra,

la causa continuará su curso”; disposición que tiene su fundamento en el inciso 5º del artículo 60 de la Constitución: “*Nadie podrá ser condenado en causa penal sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído en la forma que indique la ley*”. Por aplicación de esta disposición el proceso contra el sujeto que comete un delito que no es de los que describe esta Ley, deberá paralizarse hasta que se logre su detención o comparecencia. En cambio, el otro u otros delitos que hubiere cometido contra la Cosa Pública, permitirían su juzgamiento en ausencia como lo establecen los artículos 91, 92, 93 y 94 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, con fundamento también en el otro párrafo del citado artículo constitucional: “*Los reos de delitos contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la ley*”.

Si se aplicara el artículo 90 sobre concurrencia real o material de delitos, y competencia exclusiva de los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, habría que juzgar en ausencia al que cometió un delito que no es contra la cosa pública, incurriéndose en inconstitucionalidad al quebrantar la norma de no ser condenado, y por lo tanto juzgado, sin ser oído. ¿Cómo resolver esta situación? El Código de Enjuiciamiento Criminal no contempla *la figura procesal de dividir la contienda de la causa*, la niega en el artículo 63, inciso 1º, que ordena la acumulación de autos en el caso de varios hechos punibles por los cuales se juzga a una persona, “porque los Jueces procurarán evitar el riesgo de que se libren sentencias contrarias o contradictorias en un mismo asunto que tengan entre sí conexión, acordando al efecto la acumulación procesal” (Código de Procedimiento Civil, artículo 222). ¿Habrá que aplicar el artículo 66 del Código de Enjuiciamiento Criminal: “Cuando se acumulen los procesos se suspenderá el curso del más próximo a su terminación, hasta que el otro se halle en el mismo estado, para que todos sean resueltos por una misma sentencia”?

El artículo 90 establece una norma de competencia, no de procedimiento, los artículos 91, 92, 93 y 94, sí establecen normas de procedimiento desarrollando un precepto constitucional. ¿Podrá aplicarse este procedimiento especial fundado en la Constitución, al indiciado por un delito que no es contra la Cosa Pública para que sea enjuiciado y sentenciado en ausencia?

Por tratarse de situaciones regidas por la Ley Suprema, nos inclinamos a considerar que sería forzoso romper la contienda de la causa y que el Tribunal competente de Salvaguarda del Patrimonio Público deba declinar la iniciación del sumario en el Juzgado Ordinario compe-

tente, enviándole copias certificadas de las actas sumariales realizadas hasta ese momento; copia del auto de declinatoria; y también copia de ambas actuaciones procesales al Tribunal Superior dirimente de la incidencia de competencia.

9. *El antejuicio para los altos ex funcionarios nacionales*

El artículo 87 establece que "el antejuicio de mérito previsto en el ordinal 2) del artículo 215 de la Constitución se regirá por el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia".

Con respecto al antejuicio, el Senado introdujo una reforma de mucha trascendencia estampada en el párrafo aparte del artículo 87:

"No se requerirá el antejuicio de mérito cuando el enjuiciado haya cesado en el ejercicio del cargo o haya perdido la inmunidad".

Ya en 1980 el Ministerio Público, se había pronunciado por la inconstitucionalidad de ese artículo 153 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia por creer que excede a las facultades que al Supremo Tribunal da el artículo 215, ordinal 2º, de la Constitución y el Fiscal General de la República intentó ante la Corte Suprema de Justicia en pleno el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (ver *Informe del Fiscal General de la República al Congreso*, 1980, páginas 81, 114 y 115), parece ser que todavía no ha sido resuelta esta demanda.⁵

El Senado consideró que si el privilegio consagrado por la Constitución es de carácter excepcional y de interpretación restrictiva como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, no se justifica que lo conserve la persona después de haber cesado en su cargo, que no se trata de un privilegio personal ni vitalicio; al contrario, es un privilegio temporal que se confiere en razón del cargo y para resguardar al funcionario en el ejercicio de sus funciones; que nada obsta entonces para que una Ley especial disponga expresamente la inexistencia de aquel privilegio para el enjuiciamiento por delitos contra la cosa pública si el reo ya no ejerce la función.

10. *La instrucción directa por los Jueces de Salvaguarda*

El artículo 85 establece que los Jueces competentes son instructores directos de los juicios cuyo conocimiento les competa, "por estimarse

5. En el antejuicio de mérito promovido por acusación del Fiscal General de la República contra el ex Gobernador del Distrito Federal, la Corte Suprema de Justicia admitió la acusación por 11 votos contra 4. Algunos de los Magistrados disidentes, sostuvieron la inconstitucionalidad de la disposición del artículo 153 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

que de este modo se logra mayor celeridad procesal y, al mismo tiempo un mayor conocimiento del asunto por parte del órgano que habrá de dictar la sentencia de fondo. Como consecuencia necesaria, se suprimió el recurso de reclamo del auto de detención" (*Informe de la Comisión Permanente de Política Interior de la Cámara de Diputados*, pág. 8, 12-3-81), disposición aprobada en el artículo 104 del Proyecto de dicha Cámara, y ratificada en forma más explícita por el Senado, el cual al referirse a los casos excepcionales en que se permite la delegación agregaba: "*en lugares situados fuera de la jurisdicción territorial*", frase esta que, inexplicablemente, aparece suprimida en el texto definitivo del artículo 85 vigente. Dicho artículo prohíbe a los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público delegar la función instructora salvo en los casos en que se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y prácticas de medidas preventivas y de ejecución; del texto de ese artículo surge una situación confusa al determinar cuáles son "estos últimos casos", pues parece que se tratare únicamente de la práctica de medidas preventivas y de ejecución que son los últimos de los cinco casos excepcionales a que se refiere la prohibición del artículo, pues si pudiera delegar o comisionar a otros Tribunales de la localidad la evacuación de pruebas, el propósito de la Ley se habría frustrado al romperse el principio que la inspira de la recepción inmediata del Juez del conocimiento de las pruebas, o principio de la inmediación y concentración.

Lo que no admite duda es que ni siquiera excepcionalmente se puede delegar esta función en órganos que no sean judiciales.

Esta situación ha provocado una ruptura entre la realidad social y jurídica venezolana, que impone la necesidad del auxilio científico y técnico del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, y la prohibición de la Ley.

Durante el proceso de formación de ésta, en junio de 1978, el Ministerio Público envió a la Cámara de Diputados unas observaciones que le habían sido solicitadas, en las cuales se anotaba la conveniencia de que cada Tribunal de Salvaguarda tuviera adjunta, para auxiliarlo en la iniciación de los sumarios, una comisaría a cargo de un abogado, que actuaría sometida a la dirección y vigilancia del Juez como lo prescribe el artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la vigilancia también del Fiscal del Ministerio Público, quienes formarían un equipo de colaboración con el Juez para garantizar la más rápida y eficiente instrucción de los sumarios y la defensa de los derechos del detenido. En noviembre de 1982, en relación con las observaciones

hechas a la Ley por el Presidente de la República, el doctor Gustavo Tarre Briceño, de la Comisión Bicameral que conocía de ellas, me pidió una opinión urgente sobre el punto, y me permití sugerirle que, al final del artículo 85 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se agregara la expresión: "*Con el auxilio del Cuerpo Técnico de Policía Judicial*". Como no se hizo este agregado el artículo 85 ha dado lugar a contradictorias opiniones, sosteniendo algunos que no se pueden admitir las diligencias evacuadas por la Policía Judicial y otros, que hay que atender por razones de índole práctica, tales como: la imposibilidad para los Jueces de Salvaguarda del Patrimonio Público de poder dar evasión, además de la materia penal a esta especial que los obliga a realizar directamente la instrucción de los procesos, sobre todo si se tiene en cuenta que los procedimientos respectivos son diferentes, y han alegado también que si el Contralor General de la República y el Fiscal General de la misma, solicitan la ayuda de la Policía Técnica Judicial, ¿por qué no podrán hacerlo también los Jueces?

10.1. *Mi interpretación personal del artículo 85 de la Ley*

Un primer punto que es preciso tener en cuenta es el siguiente: en 1956, a proposición del diputado Vicci Oberto, en el artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se estableció que los Jueces de Primera Instancia en lo Penal, como funcionarios de instrucción, tienen *la obligación de dirigir y vigilar las actividades de la Policía Judicial que les está subordinada en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme al Código de Enjuiciamiento Criminal*. Lamentablemente, los Jueces de Primera Instancia en lo Penal hacen dejación en la práctica de esta obligación y dejan a la Policía Judicial la instrucción de las más importantes diligencias sumariales, las cuales viene a conocer el Juez solamente cuando el detenido preventivamente por dicha policía le es remitido junto con el expediente.

En 1961 fue sancionada la Constitución que hoy nos rige, cuyo artículo 1º, párrafo aparte del inciso 1º, y la parte final de la Disposición Transitoria Sexta, establecen los fundamentos de la competencia de la Policía Judicial, especialmente la del Cuerpo Técnico de Policía Judicial que había sido creado con anterioridad, el 20 de febrero de 1958, para realizar, en caso de haberse cometido un hecho punible, aquellas diligencias de necesidad y urgencia indispensable para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables, incluso la detención preventiva del indiciado, diligencias que, junto con éste deben ser comunicadas a la autoridad judicial dentro del plazo de ocho

días, lo que, como desarrollo a la disposición constitucional, ratifica el artículo 65-H del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de estas disposiciones, tan pronto como el Cuerpo Técnico de Policía Judicial tenga conocimiento de que se ha cometido un delito contra la Cosa Pública, dictará auto de proceder a la averiguación y lo comunicará *inmediatamente* al Juez de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial correspondiente, para que éste, como es su obligación legal, dirija y vigile sus actividades y, simultáneamente lo comunicará también al Fiscal del Ministerio Público, quien tiene la obligación de vigilar esas actividades.

En seguida, se trasladará al lugar del suceso para recoger las huellas del hecho delictuoso, ocupará los objetos que hayan servido o estuvieran preparados para la comisión del delito, *practicará visitas domiciliarias* previa obtención del Juez de Salvaguarda de la orden de allanamiento, detendrá preventivamente al indiciado, le tomará declaración informativa en presencia del Fiscal del Ministerio, hará cumplir el derecho del detenido a comunicarse con su abogado, realizará inspecciones oculares y experticias, sea con sus técnicos o con los que designe el Juez que dirige la investigación, levantará dentro de los ocho días posteriores a la detención del indiciado todas las diligencias que fueren necesarias o que le indique el Juez, y remitirá el expediente y el detenido a la orden de éste, quien, dentro de los ocho días siguientes al recibo del expediente y del aprehendido, podrá como director del sumario y superior jerárquico funcional de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, ordenar a éste que realice las diligencias de investigación complementarias que le indique; cumplidas éstas y remitidas al Juez de Salvaguarda, dentro de esos ocho días, termina en estos juicios, la actuación instructora del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. De ahí en adelante no puede seguir actuando porque el Juez de Salvaguarda —por una omisión de la ley que no vacilo en calificar de funesta—, no puede delegar sus funciones de instructor directo, sino en *órganos judiciales*, y sólo en casos excepcionales. Pero el Juez podrá ordenar experticias y obtener sus resultados mediante el nombramiento de expertos técnicos científicos, preferentemente, en funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

Es la interpretación progresiva y finalista que doy a la disposición del artículo 85 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la que, sin duda, en este particular deberá ser modificada de urgencia. Esa Ley, como Orgánica, prevalece en su especialidad sobre

las ordinarias: Código de Enjuiciamiento Criminal y Ley de Policía Judicial, y ha limitado hasta cierto límite, las facultades instructoras de ésta.

11. *El juicio en ausencia*

Tradicionalmente las Constituciones venezolanas han establecido el principio de que nadie puede ser juzgado y condenado penalmente sin antes haber sido oído en la forma que indica la Ley. En la de 1961, a proposición del doctor Escobar Salom apoyado por el doctor Villalba, se estableció por primera vez en Venezuela la siguiente disposición: "*los reos de delitos contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia, con las garantías y en la forma que determine la Ley*". Se consideró necesario remediar un grave problema de la legislación ordinaria en relación con hechos de suma gravedad para los cuales el sistema, hasta entonces vigente, inspirado en normas constitucionales redactadas en forma absoluta, no ofrecía solución adecuada: la imposibilidad, en la mayoría de los casos, de lograr la comparecencia de los acusados por delitos contra la Hacienda Pública Nacional, pues los que incurrieran en estos hechos delictuosos se trasladaban al exterior con los dineros robados, con el consiguiente daño para aquélla.

A partir del 1º de abril de este año, el juicio y condena en ausencia de los delincuentes contra la Cosa Pública, que hayan evadido el juicio o se hubieren fugado en el transcurso de éste, puede realizarse conforme a las normas complementarias de la Constitución que ha creado la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en las que establece el procedimiento y se preserva la garantía de la defensa.

Es así que, diez días después de haberse dictado el auto de detención sin que se hubiere logrado ésta, el Tribunal nombrará de oficio al procesado un defensor provisorio, quien podrá ejercer todos los medios de defensa señalados en la Ley; al terminar el sumario, si el enjuiciado continúa ausente, se lo citará por medio de un cartel en el cual se le darán treinta días continuos para que comparezca; transcurrido este lapso sin que haya comparecido, el Juez ratificará el defensor provisorio anteriormente designado o nombrará otro, y el juicio continuará su curso.

En Venezuela es ineludible que en todo juicio el procesado tenga un Defensor que lo represente, porque la defensa es de orden público y no puede prescindirse de ella. Pero el Defensor nombrado por el reo o por el Juez, debe prestar el juramento de cumplir fielmente sus deberes.

Bien puede el Juez al hacer dicho nombramiento preferir al abogado que le indique de manera expresa el reo ausente por documento auténtico que le enviare a su abogado desde el exterior del país. Pero el Juez no podrá aceptar que el apoderado judicial señalado en ese documento ejerza su defensa antes de ser calificado como Defensor y de prestar el juramento aludido, que le dará el carácter de funcionario auxiliar de la administración de justicia; quien, llegado el caso, podría ser enjuiciado por el delito de prevaricación.

El juicio en ausencia se extiende también contra aquellos funcionarios que se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación a que se refiere el encabezamiento del artículo 250 de la Constitución, y la sentencia judicial en estos juicios contra la cosa pública servirá de base para el decreto de confiscación, que en esos casos puede dictar el Congreso mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros.

El juicio en ausencia existe en Italia (juicio con contumacia) y en El Perú, pero no en España ni en Colombia, donde impropiaemente, desde el punto de vista jurídico procesal, se habla de *reo ausente*.

12. *Supremacía del procedimiento establecido por esta Ley*

El artículo 97 establece que "ningún procedimiento administrativo o de cualquier otra naturaleza impedirá el ejercicio de la acción penal y de la civil que de ella se deriva". Los antecedentes de esta disposición se encuentran en el Decreto N° 121 de 7-1-1946, de la Junta Revolucionaria de Gobierno, en el inciso 7°, artículo 182, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, reemplazado por el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Además, según el artículo 56 de la Ley: "las averiguaciones o actuaciones que practiquen la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, de conformidad con las atribuciones que le confiere esta Ley, no impiden ni menoscaban la de los Tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, y, en ningún caso, podrán ser opuestas a aquéllas como cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional".

12.1. *No hay requisito previo para que el Fiscal General de la República pueda ejercer las acciones previstas en esta Ley*

Se ha insinuado que el Fiscal General de la República no podrá ejercer la acción penal y la civil derivada de estos delitos sin haber reci-

bido previamente de la Contraloría General de la República el expediente contentivo de las averiguaciones y sustanciaciones que hubiere realizado y la decisión en ellas recaídas, que se trata de un requisito previo de procedibilidad, pero esas actuaciones no pueden vincular al Fiscal General porque la Constitución en el inciso 5º del artículo 220 le ha establecido la atribución, deber de: "ejercer la acción penal en los casos que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte...". Y esta atribución la repite el ordinal 7º del artículo 7º de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Aquellas averiguaciones y sustanciaciones y las que el propio Fiscal General de la República pueda hacer realizar por los cuerpos policiales o por los Tribunales competentes, para completarlas, sólo constituyen importantísimos elementos de juicio para que el Fiscal General de la República ejerza las acciones pertinentes.

13. *Ejercicio obligatorio por el Fiscal del Ministerio Público de la acción civil derivada del delito contra la cosa pública*

El artículo 95 de esta Ley preceptúa: "El Fiscal del Ministerio Público, en capítulo separado del escrito de cargos, propondrá la acción civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público, observándose al respecto los requisitos establecidos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. Los intereses se causarán desde la fecha de la comisión del acto de enriquecimiento ilícito contra el Patrimonio Público, o desde el inicio de dicho acto, si fuere de ejecución continuada, y se calcularán conforme a la tasa o rata que fije el reglamento de la Ley, pero, en ningún caso, será inferior al doce por ciento anual". Esta disposición legal está directamente conecada con la del artículo 100 de la misma Ley, que reza: "Se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios referidos al Patrimonio Público por quienes resultaren responsables de las infracciones previstas en esta Ley. A estos efectos, el Tribunal practicará aun de oficio, las diligencias conducentes a la determinación de la responsabilidad civil de quienes aparecieren como copartícipes en el delito. En la sentencia definitiva, el Juez se pronunciará sobre la responsabilidad civil de los enjuiciados.

"Si en el expediente no estuviere determinada la cuantía del daño, reparación, restitución o indemnización que corresponda, la sentencia

ordenará proceder con arreglo a lo establecido en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil”.

El antecedente directo de esta obligación del Fiscal del Ministerio Público, de proponer o ejercer la acción civil derivada de estos delitos, se encuentra en el artículo 5º de la Ley Orgánica sobre Salvaguarda del Patrimonio Público presentado por el Ministro de Relaciones Interiores a la Cámara de Diputados el 4 de julio de 1975, y en los artículos 71, 73 y 74 del Proyecto redactado el 9 de junio de 1978 por la Comisión Permanente de Política Interior de dicha Cámara en los que se establecía: que era de orden público la obligación de restituir, de reparar el daño o de indemnizar los perjuicios inferidos al Patrimonio Público por los penalmente responsables de la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en esta ley; que el Representante del Ministerio Público, en capítulo separado de los cargos debería ejercer la acción civil; y que el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, aunque el Representante del Ministerio Público hubiere omitido ejercer la acción correspondiente, debería pronunciarse sobre la responsabilidad civil del enjuiciado.

13.1. *Carácter público de esta acción civil*

Esa acción civil reparatoria ejercida conjuntamente con la penal en estos procesos deja de ser una acción de índole privada, para asumir contornos de una de orden público, que, en nombre del Estado y de la sociedad, ejerce obligatoriamente el Fiscal del Ministerio Público; su causa jurídica es una lesión contra el Patrimonio Público; de tal manera que el propio Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público puede practicar, aun de oficio, las diligencias conducentes a la determinación de la responsabilidad civil de quienes aparecieron como cómplices en el delito. En esta materia no puede aceptarse el concepto de resarcimiento del daño manejado por los civilistas.

Se propone en capítulo separado del escrito de cargos conforme a los requisitos establecidos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. Otra característica especial de esta acción civil derivada de los delitos contra el Patrimonio Público, es el término de prescripción que, igual al de la acción penal, es de cinco años, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de esta Ley especial la cual desaplica así el artículo 1.977 del Código Civil donde se establece un lapso de diez años para la prescripción de las acciones personales.

La acción penal nacida de un delito contra la cosa pública y la acción civil reparatoria derivada de éste para la reparación de los daños, restituciones, indemnizaciones de perjuicios y pago de intereses, tienen estrecha vinculación entre sí y por ello son intentadas ante el mismo Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público (Art. 86); los lapsos de promoción y evacuación de pruebas para ambas acciones son comunes (Art. 98 de la Ley). Respecto al conocimiento de la acción civil reparatoria el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público no estará limitado por su cuantía; no podrán aplicarse las disposiciones del N° 1, artículo 3 del Código de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 67, párrafo aparte y 235 de Procedimiento Civil, ni las señaladas en los números 1° de la letra B de los artículos 77 y 79 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que se trata de una Ley Orgánica especial en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público.

La citación del artículo 94 suple la citación por carteles y el nombramiento de un defensor de los artículos 136 y 138 del Código de Procedimiento Civil.

*Obligación del Fiscal de ejercerla oportunamente.
No es desistible ni susceptible de transacción*

¿Podrá el Fiscal del Ministerio Público, una vez pasada la audiencia del reo, proponer o modificar en el curso del juicio esta acción civil derivada de un delito contra la cosa pública? No lo creo, porque el artículo 95 de la Ley establece con toda precisión, que debe ser en un capítulo separado del escrito de cargos, por lo tanto en el acto de la audiencia del reo. Si el Fiscal no la promueve oportunamente incurrirá en gravísima falta disciplinaria que podría ser sancionada con la destitución (Art. 42, N° 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público); pero el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, de oficio, promoverá todas las diligencias necesarias para comprobar el daño y los perjuicios, y en la sentencia se pronunciará sobre la responsabilidad civil derivada de delito. El Fiscal del Ministerio Público no podría desistir de ella, ni transigir, porque las transacciones con la Administración Pública deben tener expresa autorización legal como las que señalan los artículos 7° y 49 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en materia tributaria, el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los cuales predomina un sentido práctico de saneamiento de la contabilidad fiscal o consideraciones de índole equitativa en relación al estado económico de los deudores, cir-

cunstancias que no se compadecen con la finalidad de esta ley severa ni con el carácter de orden público que tienen estas acciones civiles reparatorias para el Patrimonio de los entes públicos.

Si se trata del delito de Enriquecimiento Ilícito el Fiscal al intentar la acción civil solicitará que el Tribunal, en caso de condenatoria decreta la incautación de los bienes a que se refiere el artículo 47 de esta Ley.

14. *La inversión de la carga de la prueba*

La exposición de motivos del Anteproyecto de Ley que Tutela la Propiedad Administrativa, presentado a la Cámara de Diputados en agosto de 1948 y que se convirtió en Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos el 18 de octubre del mismo año, decía: "Si a los contrabandistas se les invierte la carga de la prueba a pesar de tener sobre sí a la legión de funcionarios de resguardo, de autoridades policiales y de particulares, ¿por qué asusta que se aplique a los funcionarios y empleados públicos, depositarios de la confianza nacional y cuya obligación consiste en tutelar y no en ser tutelados? Hay que tomar en cuenta que los delitos comunes cometidos por particulares están provistos por una maquinaria de seguridad pública encargada de evitar la comisión de dichos delitos, en tanto que el funcionario público tiene a su favor una presunción de juridicidad de todos sus actos, y es por ello que esta presunción tiene que ser balanceada por obligaciones diferentes más rígidas de las que tiene el particular". El 18 de octubre de 1948, la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos incluyó en su artículo 26 el cargo de la prueba de la licitud del enriquecimiento ilícito al funcionario o empleado. Y 18 años más tarde, en la Constitución de 1961, la Disposición Transitoria Vigésima Primera en la parte final del segundo párrafo estableció: "Los interesados podrán recurrir por ante la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en el plazo de 30 días continuos a partir de la publicación de la decisión, *para demostrar la licitud parcial o total de su enriquecimiento*".

Diecisiete años después, en 1978, los doctores Jorge Sosa Chacín y José Miguel Tamayo, por comisión especial del Senado, presentaron a éste un Proyecto de Código Penal en el cual se creaba el delito de Enriquecimiento Ilícito y tal como decía su texto: "Consideró la Comisión de particular conveniencia, en aras de la lucha contra la corrupción administrativa, que tal hecho debe no ser sólo considerado como ilícito administrativo, porque el mismo constituye sin lugar a dudas un grave

y execrable delito. En tal virtud se establece que serán penados y quienes no justifiquen al serle debidamente exigida, la procedencia de un aumento considerable de su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público. Es de advertir que esta disposición no puede de manera alguna interpretarse como una violación de la carga de la prueba o de la presunción de inocencia, por cuanto no es más que el cumplimiento del deber que atañe a todo funcionario público de presentar cuenta de su gestión”.

El Juez de Instrucción y el Fiscal del Ministerio Público son los encargados de acumular todas las pruebas tendentes a demostrar la verdad en cuanto al hecho y la culpabilidad del imputado; pero no solamente las pruebas contra éste, sino también aquéllas que lo favorecen: Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 42, Nos. 1º, 4º, 8º y Código de Enjuiciamiento Criminal, artículo 238, penúltimo párrafo: “Mandar evacuar, en cualquier tiempo, todas las pruebas que crea conducentes a la averiguación de la verdad, aunque no hayan sido promovidas por las partes”. De manera que en el proceso penal no puede hablarse de un régimen de carga de la prueba como en el Derecho Civil: “No hay obligación de las partes referentes al aporte de determinadas pruebas, sino sólo un simple interés reflejado, en cuanto a los órganos del Estado en su afán de alcanzar la verdad, y en cuanto al prevenido en el de demostrar su inocencia”. Es el criterio de C.J.A. Mittermaier en *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Madrid, 1857, p. 131 y siguientes, y de Eugenio Florián, en *De la prueba penal*, Milán, 1924, T. I, p. 97.

Es lo que establece el artículo 46 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público cuando dice: “Sin perjuicio de las que pueda promover el órgano competente, incumben a la persona investigada o enjuiciada las pruebas indicadas en el artículo 44 y en el artículo 66 de esta Ley; la relativa al importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios y los que tiendan a comprobar la licitud del enriquecimiento”. Pudiera parecer excesiva esta carga para el enjuiciado, pero es necesario tener presente que el Estado puede imponer condiciones a sus funcionarios y empleados unilateralmente, y éstos “están obligados a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de sus cargos” (Constitución, Art. 122). Entre estos requisitos la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público incluye la exigencia de que tengan un patrimonio limpio y se hallen en situación de comprobar en cada caso la causa de sus progresivos aumentos; no es extraordinaria, pues, la pretensión del Estado, de que su personal atienda prolijamente su economía y justifique debidamente todo acrecentamiento de fortuna.

Obligación del Fiscal del Ministerio Público

Corresponderá al Fiscal del Ministerio Público promover durante el sumario de estos procesos penales por delitos contra la cosa pública, todo cuanto estime conveniente al mejor esclarecimiento de los hechos, y en el plenario promover pruebas tendentes al esclarecimiento de la verdad, indagar las circunstancias personales y ambientales que permitan un mejor conocimiento de la persona del enjuiciado. Entre esas pruebas habrá de solicitar las declaraciones juradas de patrimonio hechas por éste; el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; la prueba de los sueldos o emolumentos lícitos que le hubieran correspondido y solicitar experticia de los técnicos del Banco Central sobre el promedio de sus gastos ordinarios atendiendo a su posición política y social; como lo estuvo haciendo la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de la República en las demandas extraordinarias de que conoció y aún conoce, sobre la demostración de la licitud del enriquecimiento total o parcial del condenado, por aplicación de la parte final del segundo aparte de la Disposición Transitoria Constitucional Vigésima Primera; y cualquier otra que tienda a comprobar, sea el enriquecimiento ilícito, bien, la licitud del patrimonio del enjuiciado.

En virtud del contenido del artículo 8, numeral 2º de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, el Congreso modificó la redacción del artículo 44 relativo al tipo de Enriquecimiento Ilícito, lo cual incidió también en el artículo 62, cuya modificación había sido solicitada por el Presidente de la República (Informe de la Comisión Bicameral del Congreso sobre el estudio de las observaciones del Presidente de la República).

14.1. *Doctrina jurisprudencial reiterada por varios años de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sobre:*

Presunción de Enriquecimiento Ilícito. Comprobación. (Sent. de 11-6-81. Exp. 2.147)

“b) La presunción de enriquecimiento ilícito debe ser establecida en cada caso mediante la comprobación de cuatro circunstancias fundamentales: 1º) Monto del patrimonio que poseía el investigado al momento en que entró a ejercer funciones públicas. 2º) La cuantía del mismo patrimonio en la fecha en que haya terminado la actuación del investigado en funciones públicas o para la fecha en que se inicia la

investigación, según el caso. 3º) Monto de los ingresos lícitos que haya obtenido el investigado durante el lapso de su actuación en cargos públicos y, 4º) Monto de las erogaciones que durante el mismo lapso, haya debido efectuar el investigado para su propia subsistencia y la de sus familiares que tuviera a su cargo, tomando en consideración sus condiciones personales.

”En la medida en que el enriquecimiento habido por el funcionario o empleado público durante su permanencia al servicio de la Administración Pública, exceda «notoriamente» de «sus posibilidades económicas», o sea, del saldo disponible que resulte al deducir el monto de sus gastos de vida del total de sus ingresos lícitos, podrá establecerse, por vía de presunción, la existencia del enriquecimiento ilícito. En tales circunstancias, al recurrir el investigado ante la Corte Suprema de Justicia contra un fallo dictado por la Comisión Investigadora con base en las normas antes establecidas, para tener éxito en su recurso deberá comprobar la licitud total o parcial de su enriquecimiento; y para ello es necesario que demuestre por medios idóneos, que su patrimonio inicial y/o el monto de sus ingresos lícitos durante el lapso de su actuación en funciones públicas fueron mayores que los establecidos en la sentencia recurrida; como también que el activo líquido de su patrimonio final y/o el monto de los egresos que hubo de efectuar durante el lapso abarcado por la investigación, fueron menores que los señalados en el fallo de la Comisión”.

Inventario de bienes del investigado. Valor de adquisición

”c) En los juicios sobre Enriquecimiento Ilícito al formar el Inventario de los Bienes integrantes del patrimonio final del investigado, a cada uno de los Bienes que éste poseía al momento en que inició su actuación en funciones públicas y que aún poseyere al concluir las mismas debe asignársele su valor de adquisición, con las inversiones adicionales que en el mismo haya hecho el investigado durante el lapso abarcado por la investigación”.

15. *Juicio plenario*

En cuanto se refiere al juicio plenario de estos procesos, se destaca que en el régimen de prueba establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal continúa siendo el tradicional sistema de la prueba legal o tarifada que ha traído como consecuencia muchos casos de impunidad, habiéndose ignorado, respecto a la apreciación de las pruebas el sistema

moderno de la sana crítica y razonada apreciación de ellas por el Juez, que está más cerca de la certeza judicial y de una justa aplicación de la ley; apenas si se amplía el catálogo de las pruebas admitiendo *las fotografías y grabaciones a juicio del Juez*, omitiendo cualquier nuevo recurso con el cual cuente la ciencia criminalística que no atente contra la dignidad de la persona humana y los derechos constitucionales.

En el acto de la audiencia del reo se opondrán todas las excepciones establecidas en los artículos 227 y 228 del Código de Enjuiciamiento Criminal y las indicadas en los artículos 246 y 257 del Código de Procedimiento Civil conjuntamente con todas las defensas de fondo, en cuanto fueren procedentes; pero en ningún caso se abrirán articulaciones para decidir excepciones o cuestiones de previo pronunciamiento, pues todas quedarán pendientes para ser decididas en la definitiva. Las excepciones o cuestiones previas se contestarán por la parte a quien corresponda en la misma audiencia en que fueren opuestas o en la siguiente.

El mismo día en que sean contestados los cargos o queden contestadas las excepciones dilatorias o de inadmisibilidad opuestas, se entenderá abierto, sin necesidad de decreto previo ni de notificación alguna, un lapso de treinta audiencias para promover y evacuar las pruebas que el Ministerio Público, el encausado o el Juez consideren convenientes: experticias e inspecciones oculares, documentos públicos o privados, declaraciones de testigos, facultativos y peritos y demás medios de pruebas previstos en las leyes y Códigos vigentes, así como también fotografías y grabaciones a juicio del Juez.

El lapso de pruebas aquí previsto se dividirá, de conformidad con lo que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil, en dos períodos precisos: el primero para que durante él se promuevan las pruebas; y el segundo, para que se evacuen con toda diligencia, salvo las pruebas de testigos, informes de peritos y facultativos, quienes rendirán sus declaraciones *en los debates del juicio oral*.

16. *El juicio oral*

Este juicio oral crea un debate confrontativo cuyo desarrollo puede ser presenciado por el público, lo que tiene para éste un sentido pedagógico porque percibe un aspecto fiel del juicio que sólo conoce de manera fragmentaria, muchas veces tendenciosa y escandalosa por los medios de comunicación social.

La presencia ininterrumpida de las partes, Fiscal, enjuiciado y defensor es exigida por el Código: "El Juez hará saber a ellos que ninguno puede retirarse de la audiencia hasta que se declare terminada ésta". El juicio oral continúa durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias para su terminación. Mientras hay diligencias por evacuar, cada sesión no podrá durar menos de cuatro horas. Sólo podrá suspenderse cuando fuere necesario practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones, o no compareciere algún testigo cuya declaración se considere necesaria, o por indisposición comprobada del Juez, parte o defensor.

Al comenzar el juicio oral, el Juez concede la palabra al enjuiciado, a su defensor, al Fiscal del Ministerio Público para que expongan lo que crean conveniente. Después declararán los testigos y los expertos rendirán sus informes. El enjuiciado y su defensor tienen el derecho de preguntar al testigo; y la misma facultad la tendrá el Juez, bajo cuya dirección se realiza el juicio, y quien tiene facultades amplias para hacer comparecer a fiscales, defensores, procesados, testigos y peritos y de conservar el orden en la audiencia; llamar a ésta a cualquier persona a los efectos de la investigación y emplear la fuerza pública cuando sea necesario.

Terminado el debate el Juez concederá la palabra por orden al Fiscal, al defensor y al encausado para que manifiesten lo que estimen conveniente.

Dentro de los cinco días siguientes a la terminación del procedimiento oral el Juez dictará sentencia.

16.1. *Inconvenientes que en la práctica ofrecen estos juicios orales*

La experiencia demuestra que en el proceso penal la prueba más frecuente y numerosa es la testimonial y que siempre se realizan una o más experticias, y el juicio correccional oral no escapa a esta circunstancia de la cantidad y frecuencia de esas pruebas, lo que supone una gran cantidad de testigos y expertos a los que hay que tomarles declaración, con las correspondientes preguntas y repreguntas que pueden hacerle las partes, el representante del Ministerio Público y el Juez en cada juicio oral; habiéndose dado el caso de que iniciado un juicio oral a las 10 de la mañana no puede terminarse, previa habilitación, sino en horas de la noche, con el consiguiente cansancio físico y mental de los intervinientes y, especialmente del Juez. Este es un problema que debe ser afrontado con firmeza por el Tribunal, quien debe estar en relación

directa con las partes relacionadas con el proceso sin que pueda comisionar, y lograr así el cumplimiento del principio de la intermediación y concentración que rige a estos juicios.

También surge el principal inconveniente, corriente en el ámbito judicial penal, de la ineficacia del traslado oportuno por parte de los guardias nacionales, del procesado al Tribunal. Es de considerar que el Tribunal, al ordenar la audiencia oral, ha movilizó los dispositivos necesarios para que concurran los testigos, los peritos, el defensor y el Fiscal del Ministerio Público; pero toda esa tarea de esfuerzo de localización y, además, de papeleo, se pierde cuando el reo no es trasladado a tiempo al Tribunal.

Deberá establecerse una manera extralegal para la citación de testigos y expertos, pues el vetusto procedimiento de la citación por medio del Alguacil debe superarse y, mediante un Reglamento complementario de los Códigos, establecer la citación por medio de la Policía Judicial, o por telegrama con acuse de entrega personal que se enviará por duplicado a la oficina que ha de transmitirlo, la cual devolverá uno de los ejemplares debidamente sellado y fechado, que se agregará al expediente. En cuanto al traslado de los procesados del internado judicial al Tribunal, los Jueces deberán coordinar con el Comandante General de las Fuerzas Armadas de Cooperación lo necesario, para que se efectúe oportunamente.

El artículo 412-P del Código de Enjuiciamiento Criminal ordena que la sentencia debe dictarse dentro de los cinco días siguientes a la terminación del juicio oral, de conformidad con las normas que lo rigen. La experiencia ha enseñado que en nuestros Tribunales penales el juicio se paraliza precisamente cuando se llega al estado de sentencia por una razón lógica: la costumbre de nuestros jueces de redactar sentencias que tienen el aspecto de tratados de derecho penal y procesal, de jurisprudencia nacional y mundial, con esquemas doctrinarios de libros, revistas y compilaciones de jurisprudencia.

En el juicio correccional oral, para que tenga su plenitud de celeridad es necesario que la sentencia se estructure en forma diferente a la del juicio ordinario, pues ellas no están sometidas a la censura de casación; ella debe ser escueta, sintética, abarcando todos los puntos que mientras no se modifique el Código, se exigen en general para la sentencia definitiva, pero en donde se establezcan en forma breve y comprimida los hechos y las disposiciones legales aplicadas.

Si el enjuiciado no ha nombrado defensor el Juez preferirá siempre a un defensor público de presos; los juicios orales en los dos años y

medio en que se realizaron desde 1966 a mayo de 1969, había que diferirlos con mucha frecuencia debido a la irresponsabilidad de los defensores que no tomaban el debido interés para comparecer a la audiencia oral. La Ley ha previsto la circunstancia antes anotada y faculta al Juez para suspender a los defensores que abandonen las causas, pero es necesario que los Jueces de Salvaguarda se pongan de acuerdo para tomar una decisión respecto a cuándo es que puede considerarse que el defensor abandona la causa: ¿una sola inasistencia sin motivo justificado? En el caso juegan una serie de intereses: la garantía de la defensa, el ejercicio profesional, la obligación funcional del defensor público y la celeridad del proceso que es el fin perseguido por el juicio oral.

Por otra parte, el ejercicio de la acción civil obligatorio para el Fiscal del Ministerio Público, acumula mayor trabajo para estos Jueces correccionales.

Lo importante es que los Jueces se percaten de la gran importancia que tiene el juicio correccional oral que es como una respuesta viviente a la interrogante popular de si existen o no Tribunales que aplican la ley penal. La comparecencia del público a la Sala de audiencia del Tribunal correccional para presenciar un juicio oral es una vivencia que se difunde en el medio que circunda al delincuente, a las partes en el proceso, a sus familiares, amigos, a los testigos y expertos comparecientes, y a la opinión pública en general a través de los medios de comunicación, cuyos representantes, a buen seguro, estarán presentes. Todo ello afirma la confianza en la administración de justicia, porque existe la manifestación directa y viva de que sus representantes indagan, examinan, deliberan y sancionan o absuelven.

16.2. *Crítica al Decreto Ejecutivo que designó el 30 de marzo de 1983 a los Tribunales de Salvaguarda de Primera Instancia*

Considero que la forma como se designaron estos Tribunales lleva en sí un germen de posible ineficacia en su actuación. Es completamente imposible que Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, que ya se encuentran agobiados por la cada día más numerosa afluencia de procesos a sus despachos, puedan, además, conocer de otros asuntos civiles y penales como los que les atribuye la Ley Orgánica de Salvaguarda, asuntos que necesitan procedimientos especiales, entre ellos el juicio oral, y la materia civil que ordinariamente no conocen ellos. Si no se le busca una solución rápida a esta grave situación, ya reclamada en varias ocasiones por los propios jueces penales ante el Consejo de la

Judicatura, se corre el grave riesgo de que la aplicación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Ministerio Público no reciba eficacia práctica y se frustren las grandes esperanzas que en ella se han afincado.

17. *Exclusión de beneficios procesales y de ejecución de la pena*

La Exposición de Motivos del Proyecto redactado por la Comisión Permanente de la Cámara de Diputados en 27-10-1980 dice:

“En cuanto al juzgamiento de los delitos y de sus efectos civiles, el Proyecto establece: . . . La exclusión de los beneficios procesales que se refieren a la libertad provisional o condicional de los procesados o condenados”.

El artículo 114, después 116, establecía: “Quienes sean enjuiciados penalmente con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no disfrutarán de los beneficios contemplados en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, ni de los pautados en la Ley de Régimen Penitenciario, que se refieren a la libertad condicional o vigilada; ni del de libertad provisional, o sea, bajo fianza de cárcel segura, previsto en el artículo 320 del Código de Enjuiciamiento Criminal”.

Pero el Senado propuso eliminar ese artículo “por cuanto la referencia a la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, que se cita en dicho artículo sobra, por cuanto la citada Ley ya excluye de esos beneficios a quienes incurran en delitos contra la Cosa Pública, y no está de acuerdo con privar de los beneficios de la Ley de Régimen Penitenciario a quienes han sido condenados por el tipo de delitos que se sanciona en esta Ley, por cuanto la Ley de Régimen Penitenciario se aplica con un carácter eminentemente técnico en razón de la buena conducta del penado durante su reclusión en la penitenciaría y después que el condenado haya cumplido la mayor parte de la condena”.

Dijo también el Senado que “en cuanto a la libertad provisional, o sea, bajo fianza de cárcel segura, prevista en el artículo 320 del Código de Enjuiciamiento Criminal, ésta se otorga de acuerdo con la gravedad de los delitos y su pena; por ello, creemos que sólo beneficiaría a quienes la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público penalice con tres años o menos y en consecuencia, debe continuar rigiendo el sistema consagrado en la disposición arriba citada”.

El proyecto de modificaciones del Senado fue aceptado por la Cámara de Diputados y la Ley sancionada como Acto Legislativo enviada al Presidente de la República para su promulgación no contenía el

vigente artículo 103, que fue agregado en la forma más severa que hoy tiene por el Congreso, que consideró las observaciones del Presidente de la República con "un criterio de conexidad general y amplio que permitió coordinar adecuadamente las diversas normas entre sí, así como sus relaciones con el resto del ordenamiento jurídico" (Exposición de la Comisión Bicameral que estudió dichas observaciones). El referido artículo 103 es demasiado severo: "Las medidas de privación de libertad contempladas en la presente ley, serán de cumplimiento efectivo, aun las meramente preventivas y las que resultaren por conversión. En consecuencia, quienes resultaren enjuiciados por los delitos que en esta ley se establecen y los que fueren conexos, no disfrutarán del beneficio de libertad provisional, o sea, bajo fianza de cárcel segura, establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal, ni de los previstos en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, ni de los contemplados en la Ley de Régimen Penitenciario y que se refieren a libertad condicional o vigilada". El antecedente de esta disposición en cuanto se refiere a la libertad bajo fianza de cárcel segura en el proceso penal, se encuentra en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Es de observar que la Constitución en su artículo 60, inciso 6º, permite, indirectamente, y protege, la libertad bajo fianza: "La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno". Por otra parte, las excepciones al derecho a la libertad individual que son de derecho estricto, no deberían ser ampliadas, sin graves motivos, por la ley. La libertad bajo fianza fue introducida en el Código de Enjuiciamiento Criminal a principios de este siglo y después de más de ochenta años, la tendencia moderna era otorgarla una vez que se hubiere dictado el auto de detención (Proyecto del doctor Chiossone; y proyecto de Reforma del Código elaborado por la Dirección de Consultoría del Ministerio Público, en 1979). En consecuencia, quedan excluidos de este beneficio los delitos contemplados en los artículos 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 71, ordinales 1º, 2º y 3º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

OPINION

En mi criterio, esta disposición del artículo 108 de la Ley constituye en el proceso penal un retroceso de más de 80 años, especialmente en cuanto se refiere al régimen de libertad bajo fianza y para quienes, por el cumplimiento de una parte de la pena y con su buena conducta, la última reforma de la Ley de Régimen Penitenciario les permite la libertad condicional.

18. *Supresión del Recurso de Casación*

La Comisión Permanente de Política Interior de la Cámara de Diputados presentó un informe sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público el 27 de octubre de 1980, cuyo artículo 103 trataba de la competencia de la Corte y de los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público; decía en su párrafo único: "De las decisiones de la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público con arreglo a lo establecido en esta Ley se oirá recurso de casación. Las decisiones de los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público serán recurribles por ante la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público". Pero en un posterior informe, ya modificado, de una Subcomisión especial de la misma Cámara, aprobado por la Comisión Permanente, se dice en la Exposición de Motivos que fue aprobada por la Cámara en la segunda discusión: "*Se suprimió el recurso de casación consagrándose únicamente el de apelación*, así: de las decisiones de los Tribunales de Primera Instancia de Salvaguarda del Patrimonio Público para ante la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público; y de las de ésta, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia"; y en el artículo 103 en su párrafo único se estableció: "*Respecto de las decisiones a que se refiere el artículo precedente no se oirá recurso de casación*".

En el Senado el 21 de mayo de 1982, la Comisión especial designada para el estudio del Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público dejó sentado categóricamente un criterio opuesto en esta materia del recurso de casación al que sostuvo la Cámara de Diputados. Se dice en el Informe correspondiente: "La eliminación del recurso, so pretexto de la celeridad del proceso, no se justifica, en primer lugar la garantía de la legalidad del proceso tiene primacía sobre el principio de la celeridad; por lo tanto, el control de la legalidad de las sentencias que se ejerce mediante el recurso de casación no puede sacrificarse en razón de una supuesta urgencia en ponerle fin al juicio. En segundo lugar, los efectos suspensivos que tiene el recurso en materia civil no se corresponden con sus efectos en materia penal: por consiguiente, no cabe alegar urgencia en la ejecutoria de la sentencia condenatoria, puesto que el enjuiciado está detenido; por último, el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, previsto en el proyecto, resulta contrario a la naturaleza del órgano, ya que al llamársele Sala de Casación debe entenderse que su competencia está limitada al conocimiento de este recurso. En los artículos 97 y 98 se han consagrado los distintos efectos del recurso de

casación, en el primero se ordena observar las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la declaratoria con lugar del recurso por quebrantamiento de forma. *La novedad está en el artículo siguiente, al reglar lo concerniente a la declaratoria con lugar del recurso por infracción de ley, se suprime el reenvío y se ordena a la Corte sentenciar el fondo de la controversia, decidiendo sobre la condena o absolución del encausado*, de este modo se restablece parcialmente el sistema llamado «Casación de fondo» (lo subrayado no está en el texto). De ese modo quedó aprobado por la Cámara del Senado.

Vuelto el proyecto de Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público a la Cámara de Diputados para que conociera de las modificaciones hechas por el Senado, la Subcomisión especial de la Comisión de Política Interior recomendó la aprobación de las reformas introducidas por el Senado para evitar demoras en la aprobación de la Ley, la cual quedó aprobada como Acto Legislativo con las reformas que en materia del recurso de casación hizo el Senado, con lo que se volvía al procedimiento establecido en las leyes del recurso de casación de 1881 (Art. 15), 1882 (Art. 16) y 1891 (Art. 15) en el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1915 y, especialmente, en el ordinal 3º del artículo 220 de la Constitución Nacional de 1947, y un año después por el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 5 de noviembre de 1948 que rigió hasta el 5 de noviembre de 1948: “La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia al declarar con lugar el recurso de casación por infracción de la ley decidirá sobre el fondo de la materia que fue objeto de la sentencia casada”. Sistema seguido por España desde hace más de 100 años y consagrado en Colombia, Costa Rica y otras naciones hispanoamericanas.

Aun cuando esta materia no había sido motivo de observación por el Presidente de la República, el Congreso al considerar las otras observaciones de éste modificó la Ley que se le había enviado y estableció, sin dar los motivos que tuvo para hacerlo, el mismo sistema que había sido aprobado por la Cámara de Diputados: “Contra la sentencia de los Tribunales Superiores no habrá recurso de casación”. Se frustró de esa manera una reforma al sistema de la casación en materia penal que es urgente y necesaria: establecer la Casación de fondo, llamada impropiamente en Venezuela, Casación de Instancia.

La experiencia que se obtenga de la correcta aplicación de la Ley, aconsejará si la supresión del recurso extraordinario de casación, que sin duda favorece al principio de la celeridad procesal establecido en

el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y en el inciso 2º del artículo 220 de la Constitución, no hará necesario en el futuro volver a la casación de fondo para resolver las infracciones de ley, aparte de otras reformas que, en el curso del proceso permitan a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, corregir rápidamente las deficiencias y errores que se hayan cometido en el procedimiento penal en beneficio de la economía procesal.

DISPOSICION FINAL

19. *La prescripción*

Antecedentes: 1948. La Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios o empleados públicos, en su artículo 64 preceptuaba sobre la prescripción: "La acción para intentar los procedimientos previstos en esta Ley prescribirá a los seis años de haber cesado el indiciado en el desempeño de empleos o funciones públicas".

1945. El Proyecto de Ley Orgánica sobre Salvaguarda del Patrimonio Público en su artículo 4, último párrafo aparte, decía: "La acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo prescribirá por diez años".

1977. En el Proyecto de la Cámara de Diputados presentado al público en noviembre de 1977 se establecía la imprescriptibilidad de la acción penal por estos delitos que tuvo ocasión de rechazar por romper una tradición penal venezolana de 177 años y una tradición jurídica universal cuasi unánime en la legislación.

1978. El Proyecto de Ley presentado por la Comisión Permanente de Política Interior de la Cámara de Diputados el 09-06-1978, en su artículo 223 establecía un lapso de seis años para la prescripción de esas acciones.

1981. El Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el 20-4-1981 en su artículo 115, elevó el lapso de prescripción de estas acciones a diez años. Pero el Senado, en 1982, rebajó el lapso a cinco años, lo que, en definitiva, aceptó la Cámara de Diputados, y así quedó en el artículo 100 del Acto Legislativo que se le envió al Presidente de la República a los fines de su promulgación. Dicho funcionario en 21-08-82 en su Exposición razonada al Congreso por la cual se solicita la reconsideración de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, decía: "No considero procedente que todas las acciones tengan un mismo lapso de prescripción independientemente de su gravedad,

sobre todo en lo referente a las acciones penales, por lo que sugiere mantener este lapso prescripcional de cinco años para las acciones civiles y administrativas y aplicar los que establece el artículo 108 del Código Penal para las acciones penales". Pero el Congreso mantuvo el lapso de cinco años para la prescripción de todas esas acciones. La prescripción especial o extraordinaria del artículo 110 del Código Penal continúa en vigencia, pues no se ha suprimido por la ley especial.

19.1. *Interrupción de la prescripción*

El artículo 1.969 del Código Civil, señala los hechos que interrumpen civilmente la prescripción; entre ellos está la demanda en que se proponga la acción civil en el juicio penal, siempre que se registre en la Oficina correspondiente copia certificada de ella con la orden de comparecencia del demandado; como en el caso éste es el procesado, quien está a derecho, bastará el registro de la copia certificada de la demanda por la acción civil reparatoria. Si el proceso se desarrolla en ausencia, se registrará la copia de la demanda que se comunique al defensor, quien ha de estar presente en el acto de la audiencia del reo, de lectura de los cargos y de la acción civil reparatoria. Pero también la interrumpiría un decreto o acto de embargo notificado al defensor del reo, o cualquier otro acto que lo constituya en mora de cumplir la obligación, como podría ser una medida de aseguramiento de bienes del indiciado (Art. 55 de esta Ley y Art. 368 del Código de Procedimiento Civil).

LA JURISDICCION Y EL PROCESO ORAL EN LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO*

FARAT SALIM A.

I. LA CORRUPCION Y LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. *El problema de la corrupción*

La corrupción es una realidad de antigua data en la humanidad. La sufren tanto países de gran desarrollo como aquellos otros que la terminología moderna ubica en el subdesarrollo o en el tercermundismo. Tampoco podría señalársela como vicio propio de un determinado sistema político de gobierno.

* La oralidad, como tipo de juicio, especialmente en materia penal, tuvo reiteradas consagraciones constitucionales y legislativas en Venezuela. Lo previó nuestra primera Constitución de 1811 y la primera que haya regido en un país de habla española, en su artículo 117; también fue ordenado en la forma de juicio por jurados en los artículos 142 y 143 de la Constitución de 1830; y, por último la Constitución de 1858 decía en el artículo 107: "En las causas criminales la justicia se administrará por jurados cuando y conforme los dispongan los futuros Congresos constitucionales".

A su vez, el legislador acogió el juicio por jurados en los Códigos de Enjuiciamiento Criminal de los años: 1897, 1904 y 1911. En efecto, en estos cuerpos legales, todo el Libro Quinto compuesto en el Código de 1911 de cuatro Títulos y éstos en Leyes que a su vez se dividían en artículos (80 artículos en total), reglaba minuciosamente la institución, cuya adopción optativa para el Distrito Federal y los demás Estados de la Unión, una vez hecha, debía someterse al tipo establecido en el Código.

No estamos en condiciones por ahora de afirmar con certeza si el juicio por jurados funcionó alguna vez en Venezuela. El doctor Omar Eladio Quintero, maestro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ULA, y cuya indiscutible autoridad en la materia tenemos en alta estima, nos explicó alguna vez que en Caracas llegó a funcionar el proceso penal con jurados.

En 1948 se dictó la Ley contra el Enriquecimiento de Funcionarios o Empleados Públicos. El Título Quinto de la misma contiene una excelente regulación del juicio

Ha sido y es azote de imperios, monarquías, tiranías o repúblicas; sean éstas liberales o socialistas, aunque en la actualidad son escasas las noticias que tenemos provenientes de estas últimas. Aún así, cuando la noticia trasciende, se sabe que la reacción del Estado, se produce de inmediato aplicando severas penas a los responsables.¹

Y en cuanto al ámbito espacial, tampoco reconoce fronteras al punto que sus dimensiones más peligrosas se dan cuando, precisamente, las poderosas compañías multinacionales intervienen en esta práctica, para corromper no solamente a modestos funcionarios, sino a gobiernos

oral especial instaurado para el enjuiciamiento de los delitos previstos en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal.

En 1957 se reforma parcialmente el C. de E. Criminal. Mediante esta reforma se introduce la oralidad para los mal llamados juicios correccionales como uno de los procedimientos especiales contemplados por el Título III del Libro Tercero (Capítulo X, Arts. 412-A, al 412-R). En realidad esta reforma no fue otra cosa que el traslado casi textual al Código de Enjuiciamiento Criminal del Título Quinto de la ya derogada Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito.

Ahora bien, resulta que la práctica real del proceso penal venezolano se ha resistido hasta ahora a poner en práctica una y otra regulación. No hemos encontrado en los anales de legislación y jurisprudencia fallos completos que nos dieran cuenta de alguna sentencia dictada al cabo de esos procedimientos especiales, no obstante las enormes ventajas teóricas y prácticas que señala la doctrina y la jurisprudencia universal en la aplicación del juicio oral especialmente en materia penal. En la legislación comparada todos los países europeos y muchos latinoamericanos, aplican con experiencia más que secular algunos, el llamado proceso mixto en que el plenario se desarrolla en audiencias orales, públicas y continuas. Están plenamente demostrados los beneficios de la economía, la celeridad, la concentración y el mejor despliegue de la verdad real a través de este tipo de juicio. Constan ampliamente rebatidas todas las objeciones que alguna vez vertieron para oponerse a su práctica. Hasta en la bibliografía se hace necesario recurrir a los tratados clásicos para encontrar vestigios de la polémica que en épocas pasadas despertó la oposición entre la escritura y la oralidad, con el pronunciamiento casi unánime de los autores en favor del tipo verbal.

Y con todo eso, en el foro y en los jueces venezolanos no se advierte un decidido entusiasmo por cambiar la arcaica estructura de nuestro C. de E. Criminal, que aún sigue con las pruebas legales y el moroso proceso escrito, sin que advirtamos serios intentos de transformación.

Los comentarios de este trabajo, pretenden modestamente destacar a la luz la jurisdicción y el procedimiento especiales reiterados ahora en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, en la esperanza de que esta vez, de verdad, entraremos decididamente en la experiencia del juicio oral. Esperamos que nuestro relato de sus antecedentes, la descripción que hacemos de las normas más idóneas, las críticas que formulamos y las propuestas que propiciamos, sean un estímulo más para su acogimiento efectivo y fructífero en la aplicación de una mejor justicia para el pueblo.

Mérida, abril de 1983.

F. S. A.

1. *El Nacional* del 14-3-82, trae la noticia de sentencias que van de 6 a 15 años dictadas en la URSS, a cumplirse en campo de trabajo contra funcionarios acusados de robar propiedad del Estado, mediante el procedimiento de vender en una tienda por departamentos alfombras que no pasaban por los registros oficiales. Los beneficios obtenidos por diez condenados alcanzaban a la suma de 140.000 dólares, cantidad relativamente exigua comparada con las cifras que habitualmente se denuncian aquí en Venezuela.

enteros, conspirando contra su estabilidad administrativa y hasta política. Hay pruebas históricas sobre los difíciles procesos que han soportado muchos de nuestros países latinoamericanos, como consecuencia de los manuleos e intervenciones de estos consorcios en la vida institucional de aquéllos.

Parece que la corrupción apareció casi al mismo tiempo que el Estado. La Lex Julia ya la había definido estableciendo multas contra el funcionario y el corruptor; el Código de Justiniano la consideró como uno de los *crimen repertundorum*; en la época del emperador Diocleciano, ante una terrible crisis económica el Estado asumió poderes extraordinarios, haciendo crecer la burocracia que dio como resultado el aumento de su propia debilidad.

El soborno, la venalidad y la estafa plagaban el Imperio. Cuando el emperador Valente permitió a los godos que cruzaran el Danubio para establecerse en Europa, instruyó especialmente a los funcionarios para que se les distribuyeran alimentos y les confiscaran las armas; pero la cosa sucedió al revés: les dejaron las armas y les quitaron los alimentos...

En nuestros días el lector común suele encontrar con frecuencia en las páginas de la prensa escrita o en los noticiarios de los otros medios de comunicación, expresiones elocuentes del fenómeno. En determinadas circunstancias alcanza ribetes de escándalo salpicando a personajes prominentes de los distintos gobiernos.

La historia contemporánea está nutrida de casos notorios de denuncias de corrupción. En 1978 un importante industrial brasileño denunció que el 80 por ciento de las empresas estatales brasileñas recibía comisiones y sobornos por adquisiciones o licitaciones. En Italia, el Presidente de la República tuvo que renunciar por evasión de impuestos e irregularidades financieras en las que estaban implicados allegados y familiares. En Colombia, en febrero de 1976, dos generales falsearon las necesidades de defensa del país a cambio de una comisión de \$200.000 de la compañía multinacional Lockheed de los Estados Unidos. En Holanda, el príncipe Bernard de la familia real holandesa, también se vio involucrado en el escándalo de la Lockheed. La comisión investigadora creada para investigar los cargos contra el príncipe, declaró que "la conducta del príncipe había sido extremadamente imprudente e insensata" y que había actuado "muy a la ligera en una transacción que estaba destinada a crear la impresión de que él era susceptible a favores" y, además, "se mostró abierto a peticiones y ofrecimientos deshonestos".

En los Estados Unidos, además de la crisis de Watergate, ejemplo de corrupción en los más altos niveles que terminó con la carrera política del Presidente Richard Nixon, existen hoy informes de que el Buró Federal de Investigación (FBI) está realizando una amplia pesquisa sobre la investigación en que están comprometidos parlamentarios, gobernadores, alcaldes, funcionarios públicos, muchos en actividad, y otros retirados. Durante el año pasado las primeras páginas de los diarios se cubrieron con la noticia de que parlamentarios prestigiosos habían caído en sendas celadas tendidas por el FBI, mediante la cual, "jeques" de Arabia Saudita ofrecían jugosos sobornos para obtener supuestas concesiones comerciales apoyadas o influenciadas por los citados representantes. El monto de la "palanca" eficiente (\$50.000) resulta ridículo, si se tiene en cuenta el nivel económico que suelen tener los norteamericanos que ingresan en el Congreso de ese poderoso país.

En Inglaterra fueron notables el caso Poulson y el del Tte. Cnel. David Randel, por corrupción, al aceptar sobornos que totalizaron 14.300 libras esterlinas en un contrato de 4 millones de libras para vender equipos de radio a Irán.

Alemania, país que tradicionalmente estuvo ajeno a especulaciones de este tenor, hoy también está involucrado en escándalos de corrupción. *El Nacional*, en su edición del 27-2-82, en su primera página y a cuatro columnas publica la noticia de que ministros de Economía y Finanzas de esa nación son investigados por aceptar sobornos. La información indica que, además se divulgó la existencia de una prueba aún más amplia que involucra a unos 700 individuos y compañías, así como a los principales partidos políticos, en torno a una presunta estrategia para recibir contribuciones partidarias ilícitas. Los importantes rotativos alemanes, el semanario *De Spiegel* y el diario de mayor circulación del país, *Bild*, afirman que ambos ministros habían otorgado exenciones tributarias a la compañía Friedrich Flick, en Dusseldorf, por valor de 1.600 millones de marcos a cambio de importantes contribuciones realizadas por la empresa en sus respectivas campañas electorales. Los fiscales del Ministerio Público del país germano trabajan activamente en la averiguación de las denuncias.

Y aquí, en Venezuela, ya estamos familiarizados con estos escándalos, sobre todo en los últimos años. En mayo de 1978, el Director de Administración de la Fundación Plan Becas "Gran Mariscal de Ayacucho", fue suspendido de su cargo por presunto intento de cobrar el pago de becarios radicados en Estados Unidos. La famosa "chatarra argentina"; irregularidades administrativas de la UCV, etc. El informe

de la Fiscalía General de la República de 1977, contiene más de 900 expedientes por corrupción administrativa, de las cuales 718 con juicios penales y 90 procesos para hacer efectiva la responsabilidad civil.

Hay otros muchos ejemplos más; pero el más notable de todos en el período que va de vida democrática en Venezuela desde el 23 de Enero de 1958, es el que conmovió al país por la calidad de los personajes involucrados. Se trata del famoso caso del "Sierra Nevada", el barco refrigerador adquirido por la Corporación Venezolana de Fomento. La célebre compra por un precio superior al valor real del barco, movilizó todo el sistema institucional del país y mantuvo en vilo a la opinión pública casi durante dos años a partir del 11 de agosto de 1979. Se formó entonces uno de los expedientes más voluminosos de la historia político-administrativa-judicial venezolana. En este expediente múltiple trabajaron: la Fiscalía General de la República, la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, un Juzgado Penal, una Comisión Investigadora designada por la Cámara de Diputados de la Nación, y por último, el mismo Congreso en pleno de la República a través de un memorable debate público. No obstante ello, el resultado, fuera de la trascendencia política de dudosas consecuencias positivas para el prestigio de los partidos políticos que protagonizaron este triste capítulo, dejó al descubierto la insuficiencia de las regulaciones positivas vigentes para definir y, en su caso sancionar con un procedimiento adecuado a los autores de actos dañosos para el patrimonio público.

En efecto, el ordenamiento jurídico vigente entonces en materia de corrupción en el desempeño de la función pública, fue notoriamente impotente para señalar toda la enorme variedad de conductas capaces de ser comprendidas en esta figura multifacética y casi inaprehensible llamada corrupción. Numerosos tipos han ido apareciendo a medida que la complejidad de la actividad social fue descubriendo modos que el ingenio humano utilizó para sacarle a la función pública considerables provechos. Estos provechos comienzan a vislumbrarse desde que el ciudadano alberga expectativas razonables para ingresar a alguno de los poderes del Estado, es decir, en la etapa electoral; se continúa durante el desempeño mismo de la función, y se prolonga después a través de la influencia ejercida sobre los que reemplazan al agente en la misma u otra función. Así es como tenemos definiciones acerca del soborno, el cabildeo, peculado, latrocinio, nepotismo, corrupción incidental, sistemática, parlamentaria, electoral, corrupción anónima; y hasta se ha llegado a mencionar la llamada corrupción basada en prejuicios. Si

agregamos a todo el tipo denominado de la corrupción internacional tendremos ya una idea aproximada de las dimensiones colosales del fenómeno.

En la actualidad, han aparecido estudiosos sociales y políticos que han encarado el estudio de la corrupción como una realidad susceptible de un análisis científico con reglas y leyes propias acerca de su nacimiento, desarrollo y extinción. Tal es la magnitud del problema.²

Nosotros no vamos a extendernos más sobre este asunto dada la finalidad del trabajo, pero lo dejamos anotado como dato, a fin de que se pueda valorar la ímproba tarea que significa para el legislador la elaboración de los distintos supuestos legales, aptos para aprehender la innumerable gama de modalidades y grados que puede adoptar la actividad del agente, como asimismo los adecuados procedimientos para descubrir y luego sancionar estas conductas dañosas no solamente al patrimonio físico del Estado, sino a la credibilidad del pueblo en la integridad de aquellos a quienes en mayor o menor nivel confían también el patrimonio ético de la Nación. La sociedad nacional tiene que experimentar la seguridad de que el país cuenta con instituciones capaces de corregir a tiempo y con la debida eficacia las desviaciones que atentan contra los ideales de una comunidad organizada y justa sean quienes fueren los autores o responsables de la desviación.

2. *El problema de la legislación*

En los distintos estados existen, por supuesto, normas de derecho positivo que sancionan de distinta manera actos reveladores de corrupción. Pero paradójicamente, no obstante la antigüedad y la realidad evidente de este tipo de práctica que parece repugnar a la moral media de toda sociedad, resulta difícil encontrar en un solo Estado una legislación capaz de definir la variedad de supuestos posibles y su condigna sanción. Pareciera suponerse política o filosóficamente a esta tendencia como una parte esencial de la condición humana, cuya extirpación o eliminación pudiera atentar contra la naturaleza del hombre. Así sugieren entenderlo algunos pensadores como A. Rogow y U. Larswell, citados en la tesis de Kirby:

2. Ver sobre la materia, Robert G. Kirby: "Hacia una Teoría General de la Corrupción", Tesis para optar el Grado de Magister Ciencia en Ciencias Políticas, Mérida, octubre de 1979, Curso de Postgrado de la Facultad de Derecho, pp. 1-45. Bibliografía y publicaciones citadas en la misma obra.

“Las actitudes tradicionales hacia la naturaleza humana, poder y gobierno se modificaron poco durante el último siglo y medio. La visión popular de la naturaleza humana refleja la doctrina calvinista del pecado original, y los americanos han tratado de describir o prever el mal de la debilidad y fragilidad humana en la política. Muchos de nuestros políticos se han basado en la premisa de que la naturaleza humana es básicamente natural que el político personifica la naturaleza humana en grandes caracteres”.

Si indagamos en la legislación de naciones como Inglaterra y Estados Unidos, por ejemplo, advertimos que el énfasis se ha puesto fundamentalmente en la etapa previa a la asunción de la función pública por el agente transgresor, es decir, en el proceso electoral. En cambio, la corrupción administrativa propiamente dicha no figura sancionada expresamente, sino cuando aparece solamente a través de una de sus modalidades que es el soborno.

En los Estados Unidos se comenzó por suprimir las compras de puestos en el Senado o en la Academia Militar; luego se penó la compra de votos y la falsificación de los resultados electorales. Se estableció el sistema de votación secreta para asegurar la independencia del elector en el apoyo a los candidatos; se fijaron límites legales en relación con la nominación, campañas electorales, volumen de los gastos, contribuciones, prohibición de contribuciones provenientes de ciertas fuentes, etc.

Después del escándalo de Watergate, se ha incrementado la legislación en materia de corrupción, pero sin variar fundamentalmente el asunto de la regulación con respecto a las numerosas previsiones federales y estatales que ponen el acento, como dijimos, en la etapa electoral.

En Inglaterra también la legislación pone énfasis en la corrupción electoral, más que en la administrativa. Aunque es verdad que también existe aquí una legislación especial sobre el soborno. La tendencia principal en ambos países es el control y la ejecución apropiada de la conducta electoral.³

En cambio, Venezuela y otros países latinoamericanos han seguido hasta ahora el camino inverso. Los esfuerzos legislativos se han encaminado a sancionar principalmente la corrupción administrativa, aunque también tiende a reprimir todo factor que, desde fuera de la administración participa, directa o indirectamente en la actividad ilícita del funcionario, como lo veremos con mayor detenimiento más adelante.

3. G. Kirby, *ob. cit.*, pp. 15-19.

En la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, tenemos normas referidas a las obligaciones de los partidos políticos, a la cancelación del registro y disolución de los mismos.

Entre las obligaciones de los partidos políticos, los ordinales 4º y 5º del artículo 25, dicen respectivamente: "4º) no aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio o de bienes propiedad del Estado; de Estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras". El mismo artículo impone en el ord. 5º, la obligación de "llevar una documentación contable en la que consten los ingresos y las inversiones de los recursos del partido".

A su vez, el artículo 27 *ejusdem*, establece, entre las causales de cancelación de los partidos políticos, la contemplada en el inciso d): "Cuando se compruebe que ha obtenido su inscripción en fraude a la ley, o ha dejado de cumplir los requisitos en ella señalados, o su actuación no estuviere ajustada a las normas legales".

Como puede apreciarse, la sanción no obstante la gravedad que significaría la conducta prohibida por el ord. 4º citado, o la inobservancia del ord. 5º transcrito más arriba, se reduce, forzando la interpretación, a la cancelación de la inscripción del partido sin otra consecuencia para los autores materiales de la transgresión.

3. *La legislación venezolana en materia de corrupción administrativa a partir de 1945*

A. *Decretos del gobierno de facto*

El 18 de octubre de 1945 fue derrocado el gobierno constitucional presidido por el General Isaías Medina Angarita. La Junta Cívico Militar que asumió el Gobierno presidida por Rómulo Betancourt, dictó casi inmediatamente después de hacerse cargo del poder una serie de decretos tendientes a reprimir presuntos actos de enriquecimiento indebido o ilícito de los funcionarios o empleados que se desempeñaron durante la actuación del régimen caído. Indudablemente que esos actos estuvieron teñidos de la pasión que inspira a los movimientos políticos en esas circunstancias excepcionales, por lo que su apresurada e inorgánica redacción, así como su dudosa legalidad fueron defectos que se destacan a simple vista. Por lo pronto, sin tener que recurrir a los principios constitucionales, los decretos se aplicaban a hechos ya consu-

mados, es decir, con carácter retroactivo, en violación de lo dispuesto en los artículos 3º C. Civil y 1º C. Penal, vigentes en 1945.

Fueron decretos, severos, draconianos, justificados únicamente por el afán o la necesidad que tenía el golpe victorioso de mostrar categóricamente, entre otros objetivos, el de erradicar definitivamente el flagelo de la corrupción en el manejo de los intereses públicos. Las víctimas, claro está, fueron los colaboradores de la Administración depuesta por el golpe de octubre.

El 22-10-45 se dictó el Decreto N° 6, mandando crear una Comisión para que determine las personas que no podrán disponer de sus depósitos de valores y dinero que se encuentren en poder de bancos y otras instituciones o establecimientos autorizados para recibir tales depósitos, ni otorgar actos de disposición de inmuebles mientras se dictamine sobre su responsabilidad en el manejo de fondos públicos o enriquecimiento indebido por abuso del ejercicio de cargos del Estado. El artículo 2º del Decreto ordena a bancos e instituciones nombradas abstenerse de entregar o aceptar cualquier acto de disposición de los valores y dinero que se encuentren en su poder, pertenecientes a personas que hayan ejercido cargos públicos. Por el artículo 3º se ordena a los Registros Subalternos de la República, abstenerse de protocolizar cualquier acto de enajenación sobre inmuebles cuyo valor individual exceda de cien mil bolívares, cuando lo otorguen personas que hayan ejercido cargos públicos. El artículo 4º otorgaba a la Comisión creada la facultad de conceder o no exenciones a las disposiciones del mismo y le fijaba un plazo perentorio para cumplir su cometido.

Por el Decreto N° 32 del 3-11-45, se extienden las disposiciones del Decreto N° 6 a los bienes inmuebles y semovientes pertenecientes a las personas comprendidas en el mencionado Decreto. La Comisión nombrada por el Decreto N° 6, queda facultada para prohibir la extracción y movilización de los efectos muebles y semovientes señalados, y asimismo para nombrar depositarios y administradores con remuneración que determinará prudentemente la misma Comisión, hasta tanto un tribunal de responsabilidad (que aún no estaba nombrado) "decida lo pertinente". Este mismo Decreto autoriza a cualquier autoridad civil o política "para detener todo cargamento de bienes muebles o transporte de semovientes, cuando tengan conocimiento de que ellos son de la propiedad de aquellas personas comprendidas en las previsiones del Decreto N° 6, notificándose a la Comisión por la vía más rápida a fin de obtener de ella la aprobación de la medida tomada y las instrucciones para el nombramiento de los depositarios correspondientes" (Art. 3º).

El Decreto N° 33, de la misma fecha que el anterior, perfecciona el alcance de los Decretos 6 y 12, procurando individualizar mejor las figuras de la ilicitud, como asimismo mejorando el lenguaje legal al comprender también los términos "influencia", "persona jurídica", modalidades para disponer de los valores, dinero, inmuebles, muebles, semovientes, etc.

El 17-11-45, se dicta el Decreto N° 54, por el que se crea una Comisión Sustanciadora de causas por responsabilidad Civil y Administrativa, presidida por el doctor Gabriel Parada Dacovich. Esta Comisión dotada de amplias facultades, tiene, entre otras, las siguientes: a) Recibir declaraciones juradas, en un plazo no mayor de 15 días a todas las personas comprendidas en una nómina publicada en la *Gaceta Oficial* por una Comisión Calificadora. Las personas que no lo hicieren en el plazo citado se las tendrá por renunciadas a sus bienes a favor del Fisco Nacional; los bienes no incluidos en la declaración también se tendrán por renunciados a favor del Estado Nacional; b) Para el cumplimiento de su cometido esta Comisión Sustanciadora, tenía atribuciones de carácter verdaderamente extraordinario, a saber: "1º Practicar todas las diligencias encaminadas a verificar la exactitud de los datos suministrados en las declaraciones, y los demás que tiendan a establecer la responsabilidad de la persona del declarante. A tal efecto podrá citar e interrogar a toda clase de personas, sean o no funcionarios públicos, revisar la contabilidad de todos los organismos públicos, y de los privados cuando tuvieren relación con el asunto que se averigua" (nótese que "la relación con el asunto que se averigua", lo establecía la misma Comisión Sustanciadora, que no estaba sometida en sus atribuciones a otro control que el de su propia discrecionalidad).

La misma Comisión, disponía según su arbitrio de los bienes inmovilizados, podía descongelarlos parcial o totalmente, autorizar actos de disposición de los mismos, y otras facultades que no vamos a citar para no abundar sobre el punto.

Por Decreto N° 64 del 27-11-45, se crea un Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa "para establecer la responsabilidad de las personas, naturales o jurídicas, que por sí o por intermedio de terceros, directa o indirectamente hayan cometido, con intención o por negligencia o por imprudencia, actos o hechos, perjudiciales a la cosa pública, o se hayan enriquecido sin causa, en beneficio propio o ajeno, prevalidos de la influencia indebida de quienes ejercieron funciones públicas".

Este Jurado estuvo integrado por un Presidente (doctor Fernando Peñalver), seis vocales y dos suplentes, un Secretario, los empleados necesarios para su cabal funcionamiento. Las atribuciones y el procedimiento señalado por el Decreto para la actuación de este Jurado son de una excepcional discrecionalidad. Vamos a señalar las disposiciones más destacadas: Artículo 5º: "El Jurado determinará la responsabilidad del enjuiciado ateniéndose a los dictados de la justicia y equidad, apreciados conforme a su leal saber y entender y deberá pronunciar su veredicto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del lapso fijado en el artículo anterior. El veredicto será dictado por mayoría de votos.

"En caso de sentencia condenatoria, los bienes del encausado o de sus herederos, total o parcialmente, según el fallo, pasarán al patrimonio de la Nación por el solo hecho de la sentencia, aun cuando dichos bienes se encuentren en poder de terceras personas, si existiere un conjunto de circunstancias que establezca grave presunción de que aún pertenecen a los acusados". Artículo 6º: "Mientras el Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa estudia un fallo definitivo, el Ministerio de Relaciones Interiores, por resolución de la Junta Revolucionaria de Gobierno podrá disponer la incautación de bienes de las personas afectadas por este Decreto".

Artículo 7º: "Contra las medidas y pronunciamientos de cualquier naturaleza emanados del Jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa no se concederá recurso alguno, por lo que sus decisiones tendrán fuerza de cosa juzgada".

Por el artículo 9º se aclara que no podrán invocarse excepciones, acuerdos, veredictos o decisiones que de algún modo hayan puesto fin a la responsabilidad administrativa de las personas enjuiciadas y "consecuencialmente no se considerarán aplicables los principios constitucionales o de derecho común que puedan hacer cesar las responsabilidades exigidas". Los artículos 10 y 11 se ocupan de la inhibición. Esta es facultativa, debe estar fundada en causas graves solamente estimadas por el inhibido y se resolverán por el resto de los miembros del Jurado en el mismo día de su presentación. Estos a su vez resuelven libremente la procedencia o no de la inhibición. En cuanto a la recusación el artículo 13 del decreto establece categóricamente que no se admitirá. Es de imaginar la situación de inseguridad total que esta clase de juicios significó para los desdichados sometidos al mismo. Podrían ser enjuiciados por sus enemigos acérrimos sin el respaldo de ninguna ga-

rantía legal ni constitucional, según se desprende de las normas transcritas *ut supra*.

Por el artículo 15 se habilitan todos los días y horas para el funcionamiento del Jurado y sus auxiliares. Es decir, a cualquier hora del día o de la noche podía el enjuiciado ser visitado en su domicilio por un miembro del Jurado o un simple subalterno, para ser sometido a las contingencias de este procedimiento.

El artículo 18 crea una presunción de enriquecimiento ilícito contra su persona y en detrimento de la Nación, que estuviera sometida a la Comisión Sustanciadora creada por el Decreto N° 54. Téngase en cuenta que no todos los integrantes de esta Comisión Sustanciadora eran profesionales del Derecho. A su vez el Jurado de Responsabilidad, tenía sólo dos abogados: los doctores Fernando Peñalver y S.M. de la Plaza, el resto de los miembros: un teniente, un alférez, un presbítero y otros ciudadanos legos.

Por último, la Junta Revolucionaria, estableció por primera vez, empezando por sus propios miembros, la obligación en el país de prestar declaración jurada impuesta a los funcionarios públicos que señaló el Decreto N° 113 del 31-12-45. En efecto, este Decreto que consta de dos artículos decía: "Artículo 1°—Los miembros de la Junta Revolucionaria de Gobierno, los Encargados de los Despachos Ejecutivos, los Presidentes de Estado, el Gobernador del Distrito Federal, los Gobernadores de los Territorios Federales, los Directores de los Institutos Autónomos, los Secretarios Generales y los Tesoreros de los Estados; los empleados fiscales y administrativos que manejan bienes y dineros públicos y demás funcionarios que cada Despacho determine por resolución especial, deberán hacer, dentro de los 15 días siguientes a la promulgación de este Decreto, declaración jurada de sus bienes ante un Juez del lugar donde el empleado ejerza sus funciones.

"La declaración a que se refiere este artículo podrán ser conocidas por las personas que tuvieren interés en ello, y los funcionarios ante quienes se extienda, estarán obligados a otorgar copias certificadas a los ciudadanos que las soliciten".

Artículo 2°: "Al cesar en el cargo cualquiera de los funcionarios antes designados, deberá hacer nueva declaración ante el mismo Juez que le recibiera el testimonio anterior".

Todos estos Decretos son el producto de una legislación de emergencia, dictados sobre la marcha por un gobierno surgido de un golpe

de Estado, animado evidentemente de un propósito moralizador para el desempeño de la función pública y protector del patrimonio estatal. Pero una legislación así, que priva prácticamente al ciudadano enjuiciado de las debidas garantías constitucionales y procesales, resulta peligrosa para el logro de la justicia que enarbola, porque sus consecuencias pueden desembocar precisamente en el reverso de ese alto valor jusfilosófico.

B. *La ley sancionada en el estado de derecho*

La Junta Revolucionaria de Gobierno que, como dijimos más arriba había derribado al gobierno de Medina Angarita el 18 de octubre de 1945, produjo otras medidas legislativas trascendentales: El 15 de marzo de 1946 se dictaron dos decretos de gran relevancia para la libertad individual y cívica de la ciudadanía. El Decreto 217/46 entre otras garantías, introduce por primera vez en la historia venezolana, la instauración del sufragio femenino, tanto activo como pasivo, en iguales condiciones que el reconocido desde muchas décadas antes a los varones. En octubre del mismo año, se verificaron las elecciones para la Asamblea Constituyente, de la que formaron parte 12 (doce) mujeres.

El 5 de julio de 1947 la Asamblea Constituyente aprobó la Constitución del mismo año, célebre documento, tanto por los brillantes debates que lo precedieron, como por la técnica de su texto, la distribución de la materia constitucional, sus aspiraciones de justicia social, y su irrenunciable vocación democrática, solemnemente enunciados en su declaración preliminar debida a la pluma del poeta y héroe civil Andrés Bello: "La nación venezolana proclama como razón primordial de su existencia la libertad espiritual, política y económica del hombre, asentada en la dignidad humana, la justicia social y la equitativa participación de todo el pueblo en el disfrute de la riqueza nacional... La sustentación de la democracia como único e irrenunciable sistema de gobernar su conducta anterior y la colaboración pacífica en el designio de auspiciar ese mismo sistema en el gobierno y relaciones de todos los pueblos de la tierra. La nación venezolana repudia la guerra, la conquista y el abuso del poderío económico como instrumento de política internacional...".

De acuerdo con el nuevo ordenamiento constitucional se realizaron elecciones en diciembre de 1947, resultando electo Presidente de la República el maestro y escritor don Rómulo Gallegos. El 24 de noviem-

bre de 1948 fue derribado por un golpe de Estado. La Junta Militar que se instaló derogó la Constitución de 1947 y puso en vigor de nuevo la de 1945. Poco antes de la caída de Gallegos, se había promulgado, con fecha 18-10-48, la primera Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos.

4. *Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos*

Este nuevo ordenamiento legal se caracteriza por una mejor sistematización de los objetivos que persigue. Señala quiénes son los sujetos activos de la infracción o delito sancionables, reglamenta el requisito de la declaración jurada, determina el órgano activo principal en la investigación de los hechos y agentes imputables y regla distintos procedimientos según la naturaleza jurídica de los actos atribuidos a los enjuiciados. Por último, mirada desde el punto de vista de la persona sometida a juicio, aparece asegurado el derecho de defensa, con lo que el valor de la seguridad jurídica que debe estar implícito en todo derecho positivo, adquiere una relevancia distinta. Ya no se percibe la connotación persecutoria al enemigo político que parecía caracterizar a los decretos de emergencia que señalamos más arriba. Esta es una ley aplicable a todos los supuestos de hecho previamente determinados en la misma, cuya generalidad y abstracción son la mejor garantía de su estabilidad y permanencia. Resumiremos a continuación los caracteres enunciados.

a) La Ley, como lo adelantamos, fue sancionada el 18 de octubre de 1948. El 31 de marzo de 1964, se promulgó una reforma a la misma, que mejoró en algo la redacción, modificando los artículos 10 y 15 de aquella y suprimiendo los artículos 13 y 14, como asimismo los artículos 70 y 71 que contenían las Disposiciones Transitorias. Tiene seis títulos, de los cuales sólo el Título III se divide en dos capítulos.

b) El Título I contiene las Disposiciones Generales y en dos artículos indica que la Ley se aplica a los funcionarios o empleados públicos; señala a quienes debe considerarse funcionarios o empleados públicos y extiende su aplicación a aquellas personas que sin caer dentro de la definición están encargados de la administración de inmuebles pertenecientes a las entidades públicas mencionadas en la Ley o de sociedades civiles o mercantiles, cuando su designación dependa de las mismas entidades públicas.

c) El Título II, se ocupa de las declaraciones juradas que los funcionarios y empleados deberán hacer dentro de los 30 días de aceptación del cargo y de la fecha en que cesen en sus funciones, bajo apercibimiento de una multa entre 500 y 10.000 bolívares que les impondrá el Contralor General de la Nación a los que sin causa justificada omitieren hacer la declaración en el término indicado (Art. 3º). Se señalan a continuación el órgano receptor de la declaración, las normas a seguirse, según se trate de derechos sobre inmuebles u otros derechos; las personas exceptuadas de la obligación de declarar; las facilidades que deben prestarse para la debida verificación, la amenaza penal (imprecisa) para los que a sabiendas hicieren declaraciones falsas. El artículo 9º dispone que las declaraciones serán archivadas y clasificadas en casilleros especiales que llevará la Contraloría de la Nación.

d) El Título III, en dos capítulos trata de la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito, de su constitución y atribuciones y del procedimiento de la misma. El Título IV se refiere al Enriquecimiento Ilícito, y lo define en el artículo 25; señala luego el modo de su determinación; impone la carga de la prueba de la legitimidad del enriquecimiento al enjuiciado y establece el procedimiento de la demanda, como asimismo las instancias del proceso especial. El Título V consigna el procedimiento penal especial para el enjuiciamiento de los delitos previstos en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal. Por fin, el Título VI bajo el enunciado de Disposiciones Finales, establece que la Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia de los juicios a que se refieren los Títulos IV y V de esta Ley, contra los funcionarios que ejerzan o hayan ejercido los cargos de Presidente de la República, Ministro del Despacho Ejecutivo, Fiscal General de la Nación, Senador, Diputado al Congreso Nacional, Gobernador del Distrito Federal, contra sus propios miembros, Secretario de la Presidencia de la República y Secretario de la Gobernación del Distrito Federal, de Estado o de Territorio Federal. El artículo 64 establece el plazo para la prescripción para intentar la acción correspondiente. El artículo 65 señala expresamente que tanto el procedimiento como la prescripción de la acción estarán en suspenso mientras los funcionarios que gocen de inmunidad, conserven ese privilegio o hasta su allanamiento.

Consecuentes con el objeto ya esbozado de este trabajo en la introducción, pondremos el acento, en la investigación, análisis y crítica eventual de los órganos y procedimientos establecidos para prevenir y sancionar la corrupción administrativa en el país, dejando para el resto

de la materia regulada, solamente la referencia enunciativa o la adecuada consideración cuando ello contribuya al mejor esclarecimiento de la interpretación de la norma correspondiente.

Dejemos aclarado al pasar no más que el legislador de 1964, se olvidó de incluir entre las correcciones y reformas efectuadas a la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de 1948, aquellas referidas a las nuevas denominaciones del Estado venezolano y los otros órganos de la República. Así, por ejemplo, uno sigue encontrándose con los términos Unión, para designar a la República, Contralor General de la Nación, Ministro del Despacho Ejecutivo, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, etc. Y ya habían transcurrido tres años desde que entró en vigencia la Constitución de 1961. . . La fuerza de la costumbre parece imponerse también a los mismos reformadores del ordenamiento jurídico.

A. *La Comisión Investigadora en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito*

Este órgano especial creado por ley, tiene también características peculiares dignas de ser destacadas someramente:

a) Atendiendo a su origen, intervienen en su designación los tres poderes del Estado, los partidos políticos con representación mayoritaria en el Congreso y los "restantes grupos representados en las Cámaras".

En efecto, el artículo 10 de la Ley, además de establecer que los nueve miembros que la componen se elegirán dentro de los primeros cinco días de cada período constitucional indica a continuación: "el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia presentarán a la Presidencia del Congreso dentro de los cuarenta días siguientes a la iniciación de dicho período, sendas listas integradas por cuatro candidatos cada una de las cuales elegirá dicho Cuerpo un Principal y tres Suplentes. Un tercer miembro y sus suplentes respectivos serán nombrados en representación del Congreso Nacional. Cinco miembros y los suplentes para cada uno de ellos, escogidos entre las fracciones políticas más numerosas que integren las Cámaras y en orden a su importancia numérica, y el otro miembro de la Comisión y sus suplentes serán elegidos de las listas propuestas por los restantes grupos representados en las Cámaras".

Si comparamos los dos factores —tiempo de duración de las funciones que cubre solamente un período constitucional y el modo de

elección de los miembros Titulares y Suplentes—, no resulta difícil determinar el carácter eminentemente político de esta Comisión, como asimismo que la mayoría de sus miembros resultará en definitiva pertenecer al partido gobernante de turno. Este desequilibrio atentatorio a la garantía en la objetividad enjuiciadora, está ligeramente compensado por el tiempo de la prescripción de la acción como del procedimiento que siendo de seis años (Art. 65), podría sorprender al procesado eventual con una mayoría distinta a aquella existente al momento del desempeño de sus funciones enjuiciadas.

b) La función que cumple la Comisión en su función no es jurisdiccional. Si bien la Ley le confiere amplias facultades para la declaración de la investigación, que impide incluso al indiciado la salida del país una vez abierta la averiguación, y luego para la práctica de todas las diligencias encaminadas a comprobar los hechos ilícitos, la función de juzgar y decidir en definitiva, es la de la jurisdicción judicial y por los jueces ordinarios. El cometido de la Comisión se agota con la declaración expresa; de que los hechos investigados resultan probados o improbados. El artículo 20 de la Ley señala el procedimiento pertinente:

“Si aparecieren fundados indicios de que el funcionario o empleado ha cometido alguno de los delitos previstos en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal, solicitará del funcionario competente que ejerza el Ministerio Público el enjuiciamiento correspondiente. Si de las actuaciones apareciere que el funcionario o empleado ha incurrido en cualesquiera de los hechos previstos en el número 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, se remitirán las actuaciones al Contralor General de la Nación. Si solamente existieren fundados indicios de enriquecimiento ilícito de parte del funcionario o empleado público, se remitirán las actuaciones al Procurador General de la Nación, a objeto de que intente las acciones correspondientes”.

Otro elemento que reafirma la no jurisdiccionalidad de esta Comisión, se desprende de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley al establecer que las decisiones de la misma no constituyen cosa juzgada, aunque los funcionarios fiscales o judiciales al decidir en definitiva pudieran atribuirle fuerza probatoria a las diligencias que hubiera practicado aquélla.

c) Otra característica especial de esta Comisión Investigadora es que no requiere otra condición para integrarla que la de ser venezolano

de nacimiento, mayor de 21 años, y no estar afectado por las excepciones mínimas señaladas en el artículo 12 (Ministros de cualquier culto; estar procesados; haber sido condenados a sufrir sanción por delitos no políticos; no ser ciegos, sordos o mudos; estar sujetos a interdicción o inhabilitación; haber sido objeto de sanciones civiles o administrativas no disciplinarias con ocasión del desempeño de cargos públicos).

Estos requisitos mínimos que permiten la posibilidad de integrar la Comisión con personas legas en materia jurídica o económica, aunque en las mismas concurren indudables condiciones de honestidad e integridad, parecieran no estar a tono con la delicada e importante misión que tiene un órgano que puede, llegado el caso como ha acontecido en la realidad, tener sometidos a su consideración el honor, el patrimonio y hasta el destino político de personas que estuvieron al frente de las más altas funciones de la República.

B. *Los procedimientos regulados en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito*

Desde el punto de vista procesal, nos interesan solamente dos de los procedimientos señalados en la Ley: el civil especial, y el penal especial.

a) *La especialidad en el procedimiento civil*

Terminada la averiguación correspondiente, la Ley dice que "si solamente existieren fundados indicios de enriquecimiento ilícito de parte del funcionario o empleado público, se remitirán las actuaciones al Procurador General de la Nación, a objeto de que inicie las acciones correspondientes" (Art. 20, último acápite).

De modo entonces que el único sujeto con legitimidad para actuar ante la Justicia Civil es el Procurador General de la República, quien actuará por sí a través de delegación en el director o abogado que el mismo designe conforme a la Ley Orgánica de Procuraduría General de la República. El Tribunal competente es el Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción (Art. 28).

La demanda se propondrá por escrito llenando los requisitos del artículo 237 del CPC y además, necesariamente: las funciones o empleos públicos desempeñados por el demandado y las fechas de toma de posesión y de cesantía o transferimiento. Al libelo de demanda de-

berán acompañarse todas las actuaciones que hubiesen sido realizadas por la Comisión Investigadora, bajo apercibimiento de no admisión de la demanda, y las que la Procuraduría General de la República hubiese practicado (Arts. 30 y 31).

Una vez introducida la demanda y practicada la citación, la otra especialidad del procedimiento está contenida en el ordinal 2º del artículo 33 que dice: "Las excepciones y defensas de fondo que oponga el demandado serán resueltas en definitiva".

La redacción defectuosa de este ordinal ha creado dudas de interpretación en el sentido de averiguar si comprendía a todas las excepciones, tanto las dilatorias como las de inadmisibilidad o únicamente se refería a esta última. La Corte Suprema de Justicia, en Sala Política Administrativa en fallo del 16-2-66, resolvió que sólo las excepciones de inadmisibilidad deben ser resueltas junto con las perentorias en la sentencia definitiva; no así las dilatorias que deben tramitarse abriéndose la incidencia respectiva.⁴ La Corte se fundó en el principio de interpretación restrictiva de toda ley especial y a favor de la amplitud del derecho de defensa.

En materia de pruebas la ley se remite a las previstas en el Código Civil salvo lo dispuesto en el artículo 26 de la misma Ley, es decir, la inversión de la carga de la prueba; lo que significa que aquí es el demandado el que tiene que probar que el importe de sus ingresos, de sus gastos ordinarios y de su enriquecimiento consiguientes, fueron lícitos (Art. 34).

El artículo 35 de la Ley, parece introducir una mayor abreviación del tiempo procesal al consignar que vencido el plazo probatorio y oídos los informes que de palabra o por escrito presentaren las partes o sus apoderados, se sentenciará dentro del decimoquinto día.

Esto quiere decir que se suprime el prolongado e innecesario lapso de relación que aún reglado en cuanto a su duración por la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 23) no cumple ninguna función eficaz para el conocimiento y decisión de la causa. Los procedimientos especiales para numerosas materias, entre otras: Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo (Art. 71); Ley de Tránsito Terrestre (Art. 45); Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios (Art. 14 y concordantes), etc., han suprimido esta medieval institución que nos viene desde los tiempos del mítico Jacobo de Las Leyes.

4. *Gaceta Forense*, Segunda Etapa, año 1966, N° 51.

Este criterio ha sido acogido también por los redactores del Proyecto de Código de Procedimiento Civil que está radicado en el Congreso de la República desde noviembre de 1975.⁵

La otra novedad procesal consiste en llevar la segunda instancia del procedimiento directamente ante la Corte Suprema de Justicia. Así lo establece el artículo 36 de la Ley cuando dice: "De la sentencia podrán apelar las partes para ante la Corte Suprema de Justicia, en el término de cinco días hábiles, a contar de la fecha en que fuere publicada". Ante este Alto Tribunal, el procedimiento será el pautado en el artículo 37, que resulta también abreviado con relación al procedimiento ordinario que establecen los artículos 162 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en este punto nos encontramos frente a una colisión de normas de una ley especial frente a una ley orgánica; por lo que, planteada la cuestión, ha de tener preeminencia el procedimiento pautado en la Ley Orgánica conforme al mandato constitucional que consagra el único aparte del artículo 163 de la Ley Fundamental. En la Exposición de Motivos con que las comisiones especiales designadas por el Senado y la Cámara de Diputados para elaborar el Proyecto de Constitución de 1961, presentaron a la consideración del Congreso, dejaron señalado el valor y alcance de las leyes orgánicas al afirmar que se trata de una "categoría especial de leyes intermedias entre la Constitución y las leyes ordinarias".⁶

Por último, si la sentencia fuere condenatoria y quedare ejecutoriada, el Tribunal declarará que los bienes objeto del enriquecimiento pasan a propiedad de la Nación (Art. 41).

b) *La especialidad en el procedimiento penal*

El Título V de la Ley regula un procedimiento especial para el enjuiciamiento de los delitos previstos en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal; es decir, algunos de los llamados delitos contra la cosa pública que se refieren al peculado, concusión, corrupción de funcionarios y abuso de autoridad, con lucro de funcionario.

5. Ver Exposición de Motivos y Proyecto de CPC, p. 45, Imprenta del Congreso de la República, Venezuela, noviembre 1975.

6. Constitución de la República de Venezuela, *Repertorio Forense*, p. 51. Caracas, 1976.

Hay aquí un loable propósito en la Ley de darle mayor celeridad al procedimiento, intentando superar las trabas y dilaciones que el enjuiciamiento ordinario y escrito del C.E. Criminal supone.

El artículo 20 de la Ley ordena, que si resultaren fundados indicios de que el funcionario o empleado ha cometido alguno de los delitos que señalamos en el párrafo anterior, la Comisión Investigadora solicitará del funcionario competente que ejerza el Ministerio Público el enjuiciamiento correspondiente. Es necesario aclarar que, a diferencia del procedimiento por enriquecimiento ilícito, como es obvio, puede darse aquí la posibilidad de que estén actuando conjuntamente y por conductos diversos, tanto la Comisión Investigadora, como la Contraloría General de la República o el Tribunal Penal Competente; y así lo establece expresamente el artículo 23 de la Ley.

Intentada la acción por el Ministerio Público, el trámite es el ordinario pautado en el C. de E. Criminal desde el Título Preliminar hasta la contestación del reo del escrito de cargos. El artículo 45 de la Ley que sienta la regla, dispone expresamente que no se aplicarán en estos casos las disposiciones contenidas en el Capítulo III, Título Tercero, Libro Tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal, es decir, el beneficio de ser sometidos previamente al antejuicio requerido como procedimiento especial en el capítulo enunciado.

A partir de este momento el proceso cobra un verdadero interés y adquiere su más notable peculiaridad, es decir, la instauración del juicio oral que comienza a perfilarse a partir del momento en que la Ley ya adopta uno de sus principios que es el de la eventualidad, al advertir en el artículo 48 que no se abrirán articulaciones para decidir excepciones o cuestiones de previo pronunciamiento, pues todas deben quedar pendientes para ser sentenciadas en definitiva.

Será más adelante, cuando tratemos en profundidad el tema de la oralidad como un tipo de proceso con sus caracteres propios y específicos, el momento de extendernos con más amplitud sobre el punto. Por ahora sólo nos permitimos adelantar la extrañeza que nos produce la comprobación de no haber encontrado en las publicaciones de la jurisprudencia consultada (*Gaceta Forense y Repertorio Forense*), ningún caso de enjuiciamiento de los casos previstos por la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito por el procedimiento oral. Se trata de una joya legislativa que en 34 años de vigencia no supo ser aprovechada para extraerle sus riquísimas posibilidades técnicas, científicas y hasta sociales.

C. *Magros resultados de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito*

La Ley en sí no ha producido los resultados positivos que la sociedad esperó de su aplicación, por lo menos en tiempos de normalidad institucional. Los juicios contra los funcionarios públicos que llegaron hasta su conclusión, son los que tuvieron lugar sólo en momentos extraordinarios de sustitución de un régimen de gobierno por otro y por medios violentos a través de asonada o golpe de Estado. Es decir, que los enjuiciados normalmente, fueron los servidores de los gobiernos derrocados; en síntesis, los enemigos políticos.

Ya hemos visto las características anormales de toda la legislación de emergencia que produjo la Junta Cívico Militar que derrumbó a Medina Angarita con el fin de castigar a los funcionarios enjuiciados. Leyes con efecto retroactivo, ausencia de jueces naturales, comisiones especiales, derogación de todos los principios del debido proceso, etc.

Esto mismo, o algo parecido, sucedió al caer el Gobierno presidido por Marcos Pérez Jiménez. Basta leer los Decretos 28 del 6-2-58; 29-6-58; 64 del 27-2-58; 93 y 116 del 31-3-58.⁷

Pero, como estos ordenamientos fueron insuficientes, se encontró un modo original y consistente para cubrirlos de legalidad esencial, mediante la inclusión en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, de reglas especiales para legitimar las actuaciones de la Comisión Investigadora designada por la Junta de Gobierno conforme al Decreto 29-6-58. Esta Comisión *ad hoc*, de cinco miembros nombrada por la misma Junta, tuvo que ser dotada de facultades extraordinarias para el debido y eficaz cumplimiento de su objetivo. Mencionemos al pasar algunas de ellas que están contenidas en la Disposición Transitoria Vigésimaprimerá de la Constitución:

a) Se faculta a la Comisión para pasar al patrimonio nacional y en la cuantía que determine la misma, los bienes pertenecientes a las personas sometidas a ella hasta la fecha de promulgación de la Constitución y "en razón de los hechos o actuaciones anteriores al 23 de Enero de 1958". Vale decir que se encuentran exentos de este procedimiento los funcionarios que hubieran comenzado su desempeño con posterioridad a esa fecha.

b) Las decisiones de esta Comisión adquieren carácter de sentencia firme. Es decir, que se la convierte en tribunal de única instan-

7. *Compilación Legislativa de Venezuela*, VII, 1958-1959, Edit. Andrés Bello, Caracas, 1962.

cia. La posibilidad de recurrir contra su sentencia la Corte Suprema de Justicia, lo es a los únicos efectos de que los enjuiciados pudieran demostrar en esta instancia la licitud parcial o total del enriquecimiento habido. Ninguna otra decisión de la Comisión es recurrible, ni por apelación, ni por recurso de hecho, ni menos por el recurso extraordinario de casación. Así lo decidió el más Alto Tribunal de la República en numerosos pronunciamientos entre los cuales podemos citar el siguiente: "Por la naturaleza muy singular de los asuntos sometidos a este procedimiento, creado en consideración a circunstancias transitorias de alto interés nacional, el Constituyente invistió a la Comisión Investigadora de una competencia especialísima para conocer de dichos asuntos, y decidirlos en única instancia mediante una valoración soberana de todos los alegatos y elementos de convicción que aportasen tanto los propios encausados como los terceros interesados; partiendo así de una presunción *juris tantum* que establece la propia Comisión al iniciar el procedimiento contra una persona, por considerar que en ella concurren las circunstancias determinantes del enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 27 de la Ley citada. El recurso ante la Corte no puede abrir de nuevo el proceso sobre los mismos puntos. Sólo da al recurrente una nueva oportunidad para demostrar la licitud parcial o total de su enriquecimiento, calificado como ilícito por la Comisión".⁸

En otro fallo, el Alto Tribunal vuelve a insistir:

"El recurso previsto en la Disposición Transitoria Vigésimaprimer, no crea una segunda instancia que permita la total revisión del fallo de la Comisión Investigadora, ya que la decisión recurrida tiene, por disposición de la propia Carta Fundamental, el carácter de sentencia definitivamente firme, siendo la finalidad del recurso la de otorgar al investigado la oportunidad de acreditar ante la Corte la licitud de su enriquecimiento".⁹

c) Solamente tendrán legitimación los terceros ante la Comisión que aleguen derechos reales sobre los bienes objeto de la decisión. Es decir, que ningún otro derecho de crédito, cualquiera fuera su valor probatorio tendrá posibilidad de ser reconocido en este proceso especial fijado por la norma constitucional.

d) La misma Disposición Transitoria de la Constitución, dispone entre otras el siguiente mandato: "La circunstancia de haberse promovido acción judicial contra alguna de las personas comprendidas en

8. *Gaceta Forense*, N° 42, Segunda Etapa, pp. 32-323.

9. *Gaceta Forense*, N° 44, Segunda Etapa, pp. 137-141.

esta disposición no impedirá la aplicación de la misma. Los juicios iniciados por aplicación de las disposiciones de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, contra personas comprometidas en la presente disposición transitoria se suspenderán, y los expedientes serán pasados a la Comisión Investigadora. La aplicación de esta disposición no impide el ejercicio de las acciones penales que sean procedentes conforme a la Ley”.

e) Y por último, para rematar la excepcionalidad extraordinaria de esta Disposición, se declara sin efecto a los fines de este procedimiento la garantía de irretroactividad de la Ley consagrada por el artículo 44 de la misma Constitución; de tal modo que “tanto la Comisión Investigadora como la Corte Suprema de Justicia sólo estarán sujetas a las disposiciones procesales aquí señaladas”.

Solamente con este procedimiento transitorio y excepcional, referido únicamente a los casos claramente determinados por la Disposición Transitoria de la Constitución, pudo tener alguna eficacia la actuación de la Comisión Investigadora y el procedimiento para enjuiciar a los responsables. Pero, como es fácil observar, la eficacia no derivaba de la Ley en sí misma, sino del ordenamiento extraordinario consagrado en la Constitución Nacional. De tal modo que agotados los supuestos previstos en la Carta Fundamental, la vuelta al texto de la Ley coincidió automáticamente con un período de languidecimiento en la actuación de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, del órgano esencial previsto en la misma, la Comisión Investigadora y, por ende en la impotencia que en la práctica revelan los demás agentes impulsores de la actuación legal: Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y Jueces Civiles y Penales competentes.

Para apoyar este aserto, basta revisar las publicaciones, repertorios y anales de jurisprudencia de los Tribunales de la República. Podría afirmarse sin temor a incurrir en exageración, que el 99 por ciento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, están referidos a los casos previstos en la Disposición Transitoria Vigésimoprimer de la Constitución Nacional. Como si el enriquecimiento ilícito o la corrupción administrativa se hubiesen evaporado a partir del 23 de enero de 1961, fecha de la promulgación de la Constitución que nos rige hoy.

El último fallo que encontramos dictado por la Corte Suprema en Sala Político Administrativa es de fecha 15 de julio de 1974,¹⁰ y se

10. *Repertorio Forense*, Tomo XXXII, p. 379.

refiere, como todos los anteriores, justamente a personas investigadas antes de 1961. La sentencia declara parcialmente con lugar un recurso interpuesto contra sentencia dictada por la CIEI de fecha 20-2-62.

El doctor Esteban Agudo Freytes, en un artículo revelador publicado en 1976 en *Repertorio Forense*, luego de relatar que llevaba entonces diez años sirviendo en la Consultoría Jurídica de la Fiscalía General de la República, afirmaba que el 90 por ciento de los procesos por delitos contra la cosa pública terminaban por prescripción de la acción penal o por absolución de los enjuiciados. Señalaba asimismo la impotencia de los fiscales del Ministerio Público para hacer avanzar las causas promovidas por denuncia de esos hechos criminosos. Igualmente mostraba la anomalía que significaba el no cumplimiento de las disposiciones del juicio oral para el plenario en el enjuiciamiento de los casos contemplados en el Título V de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito (Peculado, concusión, corrupción, etc.).¹¹

Toda esta experiencia ha revelado incuestionablemente, la necesidad de establecer de una vez por todas un dispositivo legal que enmarcándose en el campo de la juridicidad acorde con el nivel de legalidad que vive la República, cree normas previsoras y eficientes que señalen con precisión los actos atentatorios a la integridad del patrimonio nacional; que establezca órganos con la envergadura, la competencia y la capacidad necesarias; y, en fin, que regule un debido proceso, eficiente, imparcial y económico para obtener la pronta reparación del daño ocasionado por esa actividad ilícita.

II. COMENTARIOS A LA JURISDICCION Y AL JUICIO ORAL DE LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

1. *La formación, el objeto de los comentarios y visión panorámica de la ley*

A. *La formación de la Ley*

El 18 de diciembre de 1982, el Presidente de la República en acto solemne al que fueron invitados los más altos representantes de los poderes públicos y otras personalidades del país, procedió a promulgar

11. Esteban Agudo Freytes: "Fallas de los procesos por delitos contra la cosa pública y de las causas civiles por enriquecimiento ilícito", *Repertorio Forense*, Tomo XXXVIII, pp. 215-217, 1er. Trimestre de 1976.

la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público. La trascendencia del acto justificó así la enorme publicidad que se dio por todos los medios de comunicación social.

Es necesario destacar que no fue fácil arribar a ese acto final en la formación de la Ley. La compleja materia regulada —corrupción administrativa—, las figuras delictivas creadas, la necesidad de preservar el patrimonio público en todas sus manifestaciones, los órganos encargados de esa preservación, los procedimientos eficaces para lograrlos, la jurisdicción adecuada, la economía procesal, las garantías del debido proceso a los enjuiciados frente a los intereses públicos amenazados por la transgresión, el juicio en ausencia de los imputados, las implicaciones políticas en esta clase de actuaciones, etc., eran enormes obstáculos enfrentados a la capacidad, prudencia y sabiduría del Congreso y Poder Ejecutivo de la República, para recogerlos y regularlos en una sola Ley capaz de regir dentro de la democracia establecida en la Constitución de 1961.

De allí es que el proceso de elaboración de este instrumento legal cubrió prácticamente dos períodos constitucionales que van desde el 3 de julio de 1975, fecha del Oficio remitido por el Ministerio de Relaciones Interiores al Congreso de la República, acompañando un Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, hasta el 18 de diciembre de 1982, en que el Presidente de la República le puso el “Ejécútese” a la Ley. Durante este largo lapso, ese Proyecto originario fue sometido a largas discusiones, en las que intervinieron los mejores talentos jurídicos del país. Se formularon modificaciones, reelaboraciones, redistribuciones de títulos y capítulos, precisiones de conceptos, coordinaciones con los demás mecanismos administrativos y procesales con que cuenta la República; en fin, armonización de los dispositivos de la Ley con el resto del ordenamiento jurídico para pulirle sus aspectos espectaculares o meramente intimidatorios, de tal modo que puedan ser alcanzados por sus sanciones únicamente los verdaderos transgresores de la Ley. Es así como en su redacción actual están previstas las vías administrativas, civiles y penales para lograr la reparación de los daños ocasionados al patrimonio público por los violadores de sus normas; pero también están contempladas sanciones para todos aquellos que injustamente hacen imputaciones gratuitas e irresponsables contra la reputación del funcionario público.

A título de ejemplo mencionaremos los documentos más importantes que se elaboraron hasta la redacción definitiva de la Ley: a) Oficio del 3-7-75 por el que el Ministerio de Relaciones Interiores presentó a la

consideración del Congreso de la República un Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público; b) Proyecto de la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados conteniendo varias modificaciones al del Ejecutivo, de fecha 7-6-78; c) Al iniciarse en 1979 un nuevo período constitucional, se modificó la composición de la Comisión de Política Interior y ésta elaboró un nuevo Proyecto con base en el anterior, que fue aprobado en Diputados y remitido al Senado de la República con oficio de fecha 7-5-81; d) Luego de permanecer en el Senado más de un año, el Proyecto es devuelto a Diputados con observaciones que son aceptadas por esta Cámara, y el 28-7-82, el Congreso sanciona la Ley y la envía para su promulgación al Ejecutivo; e) El 9-9-82 el Poder Ejecutivo, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 173 de la Constitución, devuelve la Ley al Congreso para su reconsideración en numerosos aspectos que señala su exposición razonada en un documento de 64 páginas. Esta decisión desata un verdadero debate institucional y político que ocupó la atención del país durante más de dos meses; f) Por fin el Congreso envía un nuevo texto acogiendo parcialmente las observaciones del Poder Ejecutivo y dando nueva redacción a otras normas, con lo que se logra la promulgación el 18-12-82.

B. *El tema de esta sección*

El objeto principal de los Comentarios que abarca esta Sección versará sobre el contenido del Título VII de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público. Este Título comprende las disposiciones que regulan la jurisdicción especial creada y los procedimientos, tanto para enjuiciar los delitos previstos en la Ley como para determinar la responsabilidad civil emergente del hecho ilícito.

Sólo en forma ocasional, y cuando el mejor análisis de cada situación lo requiera, tocaremos incidentalmente alguna de las varias otras materias reguladas por la Ley. Desde luego, incursionaremos en cada caso por las normas proyectadas en los documentos que mencionamos precedentemente y en los antecedentes más remotos que nos legaron desde 1945 los gobiernos *de facto* y de derecho que rigieron los destinos del país.

Asimismo haremos oportunamente una escueta referencia al estado actual del proceso penal moderno en cuanto a la adopción de la oralidad como tipo ideal de juicio, para señalar hasta qué punto ha sabido la Ley incorporar este modelo al procedimiento que ella crea.

C. *Visión panorámica de la Ley*

Antes de abordar el estudio del objeto específico propuesto, consideramos conveniente una esquemática referencia a todo el contenido de la Ley, para la mejor comprensión del tema.

La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público consta de ocho Títulos, más las Disposiciones Transitorias, que hacen un total de 116 artículos.

El Título I, se ocupa del objeto de la Ley y de las personas sometidas a ella. En esta introducción se precisa el objeto de la Ley: “prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública... y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella”. (Art. 1º).

En el mismo título se establece el concepto de funcionario público y se determina la noción de patrimonio público.

Las precisiones a estos conceptos dieron lugar a arduos debates, sufriendo diversas modificaciones antes de la redacción definitiva consagrada en la Ley.

El Título II, impone la Declaración Jurada del Patrimonio a todas las personas señaladas por la Ley como funcionarios o empleados públicos, dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas. Señala minuciosamente quiénes son las personas obligadas a prestar esta declaración ampliando considerablemente el espectro contemplado en la legislación derogada. Aquí está regulado el procedimiento para la declaración, los distintos supuestos contemplados y las atribuciones conferidas a la Contraloría General de la República para imponer la obligación, verificar la declaración y otras amplias facultades para aplicar las sanciones a los infractores de la obligación de declarar.

El Título III trata de las atribuciones y deberes de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público. En este punto la Ley confiere a los organismos del acápite, amplias y detalladas facultades para documentar las transgresiones contempladas en la Ley, desde la determinación de la responsabilidad administrativa, hasta los procedimientos para lograr la reparación de los daños ocasionados al patrimonio público. Las atribuciones y deberes de la Contraloría General son amplísimas, sin perjuicio del debido proceso y de la confidencialidad

del procedimiento hasta que el órgano pertinente hubiere adquirido la certeza de la infracción. Su actuación no se agota en la responsabilidad administrativa o disciplinaria. Le compete también realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil. Sólo que aquí, concluida la sustanciación, remitirá al Ministerio Público el resultado de sus actuaciones para que éste ejerza las acciones pertinentes. (Art. 30).

El Título IV trata de la responsabilidad administrativa y civil. Después de complejos debates, se han creado una serie de supuestos que acarrearán graves sanciones pecuniarias a los funcionarios o empleados que incurran en sus previsiones. Cabe señalar que el Congreso acogió las observaciones del Poder Ejecutivo que propuso sanciones administrativas en vez de las penas corporales impuestas en el Proyecto aprobado por el Congreso.

El Título V se ocupa del enriquecimiento y del procedimiento para su restitución al patrimonio público. El Título consta de dos Capítulos: en el Capítulo I, se define la difícil figura del enriquecimiento ilícito, y en el Capítulo II, del procedimiento ante la Contraloría General de la República. Se trata, como es fácil imaginar, de un asunto medular, que hace al fundamento mismo de la Ley. Aquí, precisamente, está el núcleo alrededor del cual gira el propósito de la Ley en el complejo encuadramiento de la corrupción administrativa.

El Título VI tiene por acápite: De los delitos contra la Cosa Pública. Esta parte de la Ley es extraordinaria riqueza en cuanto a las figuras delictivas que crea. Además de agravar la pena para los delitos tradicionales contra la Cosa Pública previstas en el Título III, Libro Segundo del C. Penal, define otras que seguramente han de requerir una larga y minuciosa elaboración de la doctrina y jurisprudencia nacional. Están penados valimientos, influencias, gastos suntuarios, falsas certificaciones médicas, dádivas y otras variadas e ingeniosas formas en que hoy se manifiesta la llamada corrupción administrativa. Se sanciona con igual pena a corrupto y corruptor.

Entre las novedades introducidas en este Título, merece destacarse la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que hasta ahora, siguiendo la corriente tradicional sólo daba lugar a la acción administrativa o civil para reparar al ente afectado mediante gravamen y ejecución sobre el patrimonio del enriquecido ilícitamente. El artículo 66 de la Ley pena con prisión de tres a diez años al agente del delito de enriquecimiento ilícito.

El Título VII se ocupa de la Jurisdicción y el Procedimiento sobre los que versarán los comentarios principales de este trabajo.

Por fin, el Título VIII contiene Disposiciones finales; y bajo el último epígrafe están las Disposiciones transitorias. Merecen señalarse entre otras, entre las disposiciones finales, la que se refiere a la prescripción y la que establece el cumplimiento efectivo de las penas contempladas en la Ley.

En lo que hace a la prescripción de la acción penal, el artículo 102 establece una prescripción común de cinco años para todos los delitos sin distinguir la mayor o menor gravedad de los mismos, de tal manera que se perjudican los autores de delitos que merecen pena de prisión de tres años o menos, criterio este que modifica la pauta más equitativa establecida en el artículo 108 del C. Penal.

En cuanto al cumplimiento efectivo de la pena tampoco discrimina la Ley entre los delitos graves y leves. Todas las medidas de privación de la libertad en la Ley serán de cumplimiento efectivo, sin distinción entre los hechos penados con prisión de uno a seis meses y los penados con prisión de tres a diez años (Art. 103). Estamos de acuerdo con la represión severa a los transgresores de la Ley, pero la justicia está vinculada a la equidad, y ésta consiste en la Regla de Lesbos; no en el Lecho de Procasto.

2. La "jurisdicción especial" creada por la ley

Como ya lo señalamos en el comentario anterior, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, en su Título VI, bajo el acápite "De los delitos contra la cosa pública", ha creado una rica gama de figuras delictivas tendentes a aprehender y sancionar los diversos modos en que se manifiesta la corrupción en la función pública. Para ello, ya no eran suficientes las clásicas previsiones del C. Penal, por lo que hubo que reformular y ampliar el espectro legal estampado en los tres primeros capítulos del Título III, Libro Segundo del Código y parte del Capítulo IV, *ejusdem*, que van del artículo 195 al 205, para trasladar todas esas especies delictuales y otras nuevas al Título VI de la Ley de Salvaguarda, derogando en esta parte la regulación del Código. Es así como el artículo 109 de la Ley, entre otras normas del derecho positivo anterior, declara derogados los artículos 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 233, 236 y el ordinal 5º del artículo 466 del Código Penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta las características típicas de todos estos delitos, entre las que se destaca fundamentalmente el perjuicio al patrimonio público y la corrupción que revelan en el agente, como asimismo el propósito moralizador ante la opinión de los procesos que los enjuician, el legislador ha creado, dentro de la Jurisdicción, Tribunales con competencia especial para instruir, conocer y decidir sobre esa especie delictual. Para el enjuiciamiento de los imputados, adoptó en la etapa plenaria, junto con otras modificaciones al C. de E. Criminal, la oralidad consagrada en el Capítulo X del Título III, Libro Tercero, del mismo Código. Analizaremos en primer lugar la llamada jurisdicción especial que está regulada en los artículos 81-85 de la Ley.

El artículo 81, dice: "Se crea la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, que ejercerán las funciones de juzgados de primera instancia en esta materia, conforme lo determine el Ejecutivo Nacional".

Antes de entrar de lleno en el tratamiento de todas las normas referidas al punto, consideramos conveniente señalar las enormes dificultades que debieron ser superadas para llegar a la actual redacción de este Capítulo. Lamentablemente, como lo demostraremos más adelante, la solución definitivamente consagrada, no ha sido la más feliz.

La materia de la jurisdicción especial establecida ha sido objeto de muchos debates a partir del Proyecto enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo en 1975. Tanto es así, que este capítulo, registra cinco redacciones distintas incluida la actual, referidas al modo de designación del Tribunal competente y a las impugnaciones de sus decisiones. Veamos brevemente cómo se concibió la jurisdicción en el Proyecto del Ejecutivo de 1975, en la Comisión de Política Interior de 1978, en el Proyecto aprobado por Diputados en 1981, en el Proyecto sancionado por el Congreso en 1982 y, por último en el texto actual de la Ley.

1. El Proyecto del Poder Ejecutivo integra la jurisdicción de Salvaguarda del Patrimonio Público con un Alto Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público y los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público. Ambos serán designados de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto quiere decir que su nombramiento se haría a través del Consejo de la Judicatura ya creado entonces en la reforma de 1969 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

De acuerdo con este Proyecto, los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público conocen en única instancia de los asuntos en que deben intervenir. Son recurribles por ante la Corte Suprema de Justicia por vía del recurso de casación, las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas y las definitivas, sean absolutorias o condenatorias, y sin observar las limitaciones que sobre la cuantía y especie de pena establece el artículo 333 del C. de E. Criminal.

2. El Proyecto de la Comisión Permanente de Política Interior, crea un solo Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público; es decir que elimina el Alto Tribunal de Salvaguarda que había sido previsto en el Proyecto del Ejecutivo para el Juzgamiento de los miembros del Congreso, de la Corte Suprema de Justicia, los Ministros, el Fiscal General de la República, etc. El Tribunal único concebido por la Comisión tendría competencia también para enjuiciar a estos funcionarios previo el antejuicio de mérito señalado en el artículo 215, ordinal 2º de la Constitución de la República. Las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de tales dictadas por este Tribunal son recurribles en casación, siguiéndose para el trámite del mismo las disposiciones pautadas en el Capítulo I, Título I, Libro Tercero del C. de E. Criminal.

La otra diferencia que se advierte entre ambos Proyectos, es que el Tribunal colegiado y de única instancia surgido de la Comisión de Política Interior de 1978 se compone de tres Magistrados designados así: uno por el Congreso de la República en sesión conjunta de ambas Cámaras, y durante el receso de él, por la Comisión Delegada; otro por el Presidente de la República; y el tercero por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

3. El Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en 1981, desecha la única instancia ensayada en los dos anteriores y vuelve a la tradicional instancia doble para el conocimiento de las causas respectivas. La jurisdicción aquí está integrada así: Por la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público y los Tribunales de Primera Instancia de Salvaguarda del Patrimonio Público. Los miembros de la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público, son designados todos por la Corte Suprema de Justicia. Los jueces de los tribunales de primera instancia —dice el Proyecto de Diputados— serán nombrados de conformidad con la Ley Orgánica de Carrera Judicial.

Otras reformas propiciadas en la aprobación de Diputados con respecto a estos Tribunales abren un nuevo cauce a nuestro entender,

para el rumbo equivocado política y procesalmente en la concepción de la jurisdicción nueva proyectada. El primer error, fue establecer que los funcionarios designados durarán cinco años en sus funciones, con lo que se atenta contra la estabilidad ganada en la Ley de Carrera Judicial para los jueces; y el segundo error consistió en suprimir el recurso de casación. Sobre esto nos extenderemos ampliamente más adelante. Por ahora basta decir que la Corte de Salvaguarda del Patrimonio Público conocía en este Proyecto en "alzada única" de las decisiones de los tribunales de Primera Instancia de Salvaguarda del Patrimonio Público; y a la vez sus propias decisiones eran apelables para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Arts. 80 y 103 del Proyecto aprobado en Diputados).

4. El Proyecto sancionado por el Congreso en 1982 mejoró considerablemente la regulación de la nueva jurisdicción, manteniendo sin embargo, algunas contradicciones referidas al derecho de defensa de los procesados por esta Ley, en primera instancia. Empieza por cambiar la denominación de los tribunales competentes que se llamarían así: Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y "por los actuales Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que ejercerán las funciones de Juzgados de Primera Instancia en esta materia, denominándose en adelante Juzgados de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público" (Art. 77).

Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrados por tres jueces, y los Jueces de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público serían designados de conformidad con la Ley de Carrera Judicial. Esto quiere decir que el ingreso estaría precedido por concurso de antecedentes, méritos y oposición ante un jurado calificado; y luego de la designación conservarían su estabilidad en el cargo hasta la jubilación o mientras dure su buena conducta, acreditada en los términos de la Ley de Carrera Judicial.

En lo que hace al enjuiciamiento el Proyecto sancionado por el Congreso también significaba un considerable avance. En efecto, las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia son susceptibles de los recursos de apelación y de hecho por ante el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, agotándose el proceso en esta instancia, es decir, que las sentencias del Tribunal Superior referidas a estos casos, no tenían recurso de casación.

Pero, a su vez los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público tenían competencia originaria para instruir, conocer y de-

cidir en primera y única instancia los juicios que sigan contra los Senadores y Diputados del Congreso de la República; los Ministros del Ejecutivo Nacional; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República y otros altos funcionarios enumerados en el ordinal 1º de su artículo 78.

El artículo 97 del Proyecto sancionado por el Congreso consagra nuevamente el recurso de casación al establecer que “contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, se admitirá recurso de casación en los casos previstos en el artículo 333 del Código de Enjuiciamiento Criminal y será decidido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Pero este interesante Proyecto avanzaba más aún al ensayar una solución propiciada por eminentes juristas venezolanos cuando en su artículo 99 estampaba lo siguiente: “Declarado con lugar el recurso de casación por infracción de Ley, la Corte conocerá del fondo de la controversia y condenará o absolverá al encausado”. Con esta disposición, no sólo se materializaban los principios de celeridad y economía procesal, sino que se confería al Supremo Tribunal de la República la oportunidad de sentar doctrina sobre el alcance y significación de las muchas nuevas figuras penales creadas en la Ley. La seguridad jurídica es un valor que debe brillar precisamente en esta materia de difícil regulación.

Sin embargo, la regulación definitivamente estampada en la Ley, frustró esta loable aspiración.

3. *La objeción de inconstitucionalidad*

1. Decíamos más arriba al hacer la reseña de los distintos documentos que ensayaron la creación de la llamada por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público “jurisdicción especial” para el juzgamiento de los delitos definidos en la misma, que el Proyecto sancionado por el Congreso de la República era el que mejor se aproximaba al modelo que nosotros defenderíamos. Terminábamos la nota destacando la amplitud con que se había regulado el recurso de casación al establecer que declarado con lugar el mismo por infracción de Ley, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocerá del fondo de la controversia y condenará o absolverá al encausado.

Con esta sustancial modificación respecto a los efectos del recurso de casación por infracción de ley, abandonábamos el sistema tradicional

de nuestra casación inspirada en la legislación francesa y nos incorporá-
bamos a la casación española. Se cumplía con uno de los principios
rectores de todo buen proceso, que es la economía procesal, y se colo-
caba a la jurisdicción en óptimas condiciones de alcanzar uno de sus
fines esenciales que es la justicia.

2. Sin embargo, las cosas sucedieron de otra manera. Cuando ya
la prensa había publicado todo el texto de la Ley sancionada por el
Congreso y, por consiguiente, sólo faltaba el cumplimiento del último
paso para su formación que es la promulgación por el Ejecutivo, el
Presidente de la República, en uso de la atribución que le confiere el
artículo 173 de la Constitución Nacional, la devolvió al Congreso pi-
diendo a este órgano su reconsideración, mediante exposición razonada
referida a numerosas disposiciones. Esta decisión, absolutamente correc-
ta desde el punto de vista del procedimiento constitucional, desató en
los ambientes políticos y jurídicos de la nación una verdadera tormenta,
en donde los matices políticos alternaron en encendido tono polémico
con las argumentaciones jurídicas que esgrimieron destacados estudio-
sos del derecho público. Obviamente, sólo nos ocuparemos del aspecto
jurídico.

3. El documento del Ejecutivo en general, contribuyó a mejorar la
Ley en cuanto a la redacción de numerosas disposiciones, como asi-
mismo al perfeccionamiento de las figuras delictivas estatuidas. Tanto
es así que una comisión mixta de ambas Cámaras, reforzada por el
aporte de otras personalidades, revisó y modificó varios dispositivos de
la Ley.

Pero la parte más llamativa de las observaciones formuladas por
el Ejecutivo fue aquella en que alegaba la inconstitucionalidad de la
jurisdicción que estamos analizando. Sobre este alegato la polémica en
lo jurídico llegó a su más alto nivel, pronunciándose en general la
opinión de nuestros juristas en contra del criterio del Poder Ejecutivo
(ver ediciones de *El Nacional* de los días 11, 13, 14, 15, 16 y 19 de
setiembre de 1982).

El Ejecutivo en el mencionado documento, pedía la eliminación de
todos los artículos referidos a la jurisdicción creada, sosteniendo la
inconstitucionalidad que significaría el establecimiento de una jurisdic-
ción especial para el enjuiciamiento de las personas incursoas en los de-
litos tipificados por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público.
Apoyaba su aserto en la disposición del ordinal 2º, artículo 215 de la
Constitución Nacional, que reglando la atribución de la Corte Suprema

de Justicia para declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento de los funcionarios que allí enumera, pasará "los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común...".

Un calificado miembro de la Comisión designada para estudiar las objeciones del Poder Ejecutivo al respecto, nos permitió contestar las mismas en los siguientes términos:

a) La lectura completa del ordinal transcrito parcialmente por el Poder Ejecutivo que indica aún la interpretación literal o gramatical, señala simplemente la oposición entre delito común y delito político, para atribuir la competencia del Alto Tribunal de la República al conocimiento y decisión de este último.

Si bien es cierto que la definición del delito político es de difícil elaboración teórica, ya que en los casos concretos habrá que buscarla en la normativa de la misma Constitución, no existe esta dificultad para señalar el delito común que es el tipificado en la legislación penal, común o especial. En el ordinal comentado se señala al delito común por oposición al delito político.

b) Rebasando el plano de la interpretación literal, que suele ser el más endeble, hay que recurrir a la interpretación lógica o sistemática de la Constitución, comparando las distintas normas de la Ley fundamental para descubrir el verdadero sentido y alcance de este ordinal.

Lo que la Constitución quiere y así lo expresa categóricamente en una de sus disposiciones liminares (Art. 69), es que "nadie puede ser juzgado, sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente". Es decir, reproduciendo el pensamiento de la doctrina liberal democrática, que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

c) Los artículos impugnados por el Ejecutivo cumplen a cabalidad con esta fundamental exigencia de la Constitución. Lo que contempla es la creación de tribunales especializados para el conocimiento de la novedosa materia regulada en la misma Ley que requiere en el órgano juzgador una especial preparación para administrar la justicia con eficacia y celeridad. Teniendo en cuenta el otro imperativo contenido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, juzgará los actos que se cometieren dentro de sus previsiones luego de la entrada en vigencia de la Ley; y serán jueces naturales porque han sido designados

con anterioridad al hecho de la causa. No serán ni por asomo aquellas "comisiones especiales" creadas *ex post facto* para juzgar especialmente hechos que ninguna ley anterior había tipificado. Estas "comisiones especiales", sí son de triste memoria en los anales de nuestra historia política.

d) Por último, coincidiendo con la opinión de Gustavo Tarre y otros juristas, con ese criterio habría que tachar de inconstitucionales a otras leyes que establecen un procedimiento y tribunales especiales para el juzgamiento de determinados delitos, como la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, la Ley de Tránsito Terrestre, etc. Y para no seguir con otros ejemplos, mencionemos especialmente la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos de larga vigencia, que establecía en su artículo 63: "La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia de los juicios a que se refieren los Títulos IV y V de esta Ley, contra los funcionarios que ejerzan o hayan ejercido los siguientes cargos: Presidente de la República, Ministro del Despacho Ejecutivo, Fiscal General de la Nación, etc.". Los Títulos IV y V regulaban sendos procedimientos especiales para enjuiciar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública. Téngase en cuenta que esta última Ley fue promulgada en 1948, poco antes del derrocamiento del Presidente Rómulo Gallegos.

e) En definitiva, los tribunales creados por la Ley para conocer en la materia regulada por la misma no atentan contra ningún principio constitucional, ya que reúnen todas las condiciones esenciales que definen a la jurisdicción, como son: la autonomía, la independencia del Poder que integran, que es el Judicial, a la que se suma su propia independencia para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, su condición de juez natural y, por añadidura, la de ser subjetivamente encarnados por jueces técnicos o de carrera (estos últimos, porque de acuerdo al artículo 79 de la Ley sancionada entonces por el Congreso, serían designados conforme a la Ley de Carrera Judicial, es decir, previo concurso de oposición de acuerdo a las pautas estampadas en la misma).

Cuando la Ley habla de la creación de la Jurisdicción Especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, en realidad está enunciando la "competencia especial" por la materia, por contraposición a la "competencia ordinaria" de la justicia ordinaria y en los términos del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, que señala que la competencia por la materia se determina por las leyes relativas a la materia misma que se discute" . . .

Con este criterio es que nuestra legislación procesal positiva utiliza la expresión "jurisdicción especial", para oponerla a la "jurisdicción ordinaria". Esta terminología es usada también por nuestros tratadistas y profesores en la Cátedra.

Así tenemos una "jurisdicción especial" en materia de Menores, en materia de Tránsito, en materia Contencioso-laboral, en materia de Hacienda, en materia Inquilinaria, Agraria, de Impuestos sobre la Renta, etc.

Afortunadamente las objeciones del Ejecutivo relativas a la inconstitucionalidad de la jurisdicción creada, no prosperaron; pero la redacción definitiva del capítulo referido a esta cuestión significó un lamentable retroceso con respecto al Proyecto anterior del Congreso al que hicimos referencia en la última parte de la nota anterior y comienzos de la presente.

4. *El texto legal, aproximación a la idea de jurisdicción*

A. *El texto de la Ley*

Decíamos que no prosperaron las-objeciones del Ejecutivo relativas a la inconstitucionalidad de la jurisdicción creada por la Ley, pero que sorpresivamente, en definitiva, nos terminamos encontrando con la actual redacción del Título VII, en el que aparecen sustanciales modificaciones referidas a la organización jurisdiccional proyectada anteriormente por el Congreso, sin que hubiera rastro de las razones que determinaron tan insólita modificación.

En el dispositivo actual de la Ley, los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público estarán integrados por tres jueces designados por la Corte Suprema de Justicia en Pleno y se organizarán y funcionarán en la forma establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 83). Más adelante nos extenderemos en los alcances de esta modificación y en el debilitamiento que significó para el sustento del principio de independencia de la jurisdicción.

El otro cambio sorpresivo e inexplicable fue la eliminación del recurso de casación. No tenemos vestigio de las razones que pudieron impulsar al legislador para incurrir en esta otra defección principista. La casación en el país tiene logrados desarrollos formidables en cuanto a su importancia para la integridad del ordenamiento jurídico y la afirmación de la seguridad jurídica. Era necesario mantenerlo en la Ley de Salvaguarda para uniformar la inteligencia en la aplicación de las

nuevas figuras delictivas creadas en el Título VI de la misma. Piénsese sólo a título de ejemplo en el enriquecimiento ilícito que por primera vez en la legislación penal venezolana está definido como delito y penado gravemente (prisión de tres a diez años). Se trata de una figura excepcional, porque la doctrina y la jurisprudencia tendrán que decidir si nos encontramos o no frente a un caso singular de la filosofía penal liberal de la inversión de la prueba. Aquí pareciera que es el imputado quien tiene que demostrar su inocencia, frente a la presunción *juris tantum* de su culpabilidad establecida por la Ley. El recurso de casación pudo haber sido la vía por excelencia para que la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República fijara el criterio seguro en la determinación de la conducta delictuosa.

Sin perjuicio de insistir más adelante sobre la cuestión consignamos a continuación para consulta inmediata del lector, el texto del Capítulo I del Título VII, que trata "De la Jurisdicción".

Artículo 81.—Se crea la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, que ejercerán las funciones de Juzgados de Primera Instancia en esta materia, conforme lo determine el Ejecutivo Nacional.

Artículo 82.—Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público con sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio de la República, serán los competentes:

1) Para instruir, conocer y decidir en primera instancia los juicios que se sigan contra los Senadores y Diputados del Congreso de la República; los Ministros del Ejecutivo Nacional; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal General de la República; el Contralor General de la República, el Procurador General de la República; los miembros del Consejo Supremo Electoral; los miembros del Consejo de la Judicatura; los Gobernadores de Estado; los Jueces Superiores; los jefes de misiones diplomáticas de Venezuela en el extranjero; directores de Ministerios y Presidentes y miembros de los Directorios de Institutos Autónomos y empresas del Estado, por los delitos previstos en esta Ley, aunque hayan incurrido en ellos durante el ejercicio de otro cargo, así fuere de jerarquía inferior.

2) Para conocer y decidir las apelaciones y los recursos de hecho que se interpongan contra las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia.

Parágrafo Primero: La competencia de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público para conocer de los juicios a que se refiere el ordinal 1º) de este artículo, subsiste aún después que el funcionario haya cesado en su cargo, siempre que el delito que se le impute hubiere sido cometido durante el ejercicio de sus funciones.

Parágrafo Segundo: Las sentencias de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, "no tendrán recurso de casación" (el entrecomillado es nuestro).

Artículo 83.—Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público estarán integrados por tres jueces designados por la Corte Suprema de Justicia en Pleno y se "organizarán y funcionarán en la forma establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial" (el entrecomillado es nuestro).

Artículo 84.—Los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, instruirán, conocerán y decidirán en Primera Instancia los juicios a que se refiere la presente Ley, con la excepción de aquellos previstos en el ordinal 1º) del artículo 82 *ejusdem*.

Artículo 85.—Tanto los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, como los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, serán instructores directos en los procesos cuyo conocimiento les compete, estándoles prohibido delegar esta función, salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución. En estos últimos casos, podrán librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República o del extranjero, según corresponda.

Artículo 101.—Contra las sentencias definitivas y contra las interlocutorias con fuerza de definitivas de los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, se oirá apelación en la forma siguiente:

1) De las decisiones que en Primera Instancia dicten los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2) De las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Hemos transcrito todas las normas referidas a la jurisdicción establecida en la Ley, para facilitar su consulta directa por el lector y su eventual comparación con el comentario que haremos a continuación y las críticas que formularemos. De ese modo podremos compartir o discrepar en el análisis teniendo todos al alcance de la mano el objeto de nuestro estudio.

B. *Aproximación a la idea de jurisdicción*

A esta altura del trabajo consideramos indispensable dar una idea somera acerca del concepto de jurisdicción para la mejor comprensión del sentido con que usamos esta locución.

El discurso sobre esta compleja materia será necesariamente esquemático, pero servirá por lo menos para destacar nuestra adhesión a la corriente que prefiere definir la jurisdicción como una potestad específica propia del órgano judicial de cualquier Estado.

Se considera a la jurisdicción como una de las tres nociones fundamentales que sostiene a una de las ramas del Derecho que es el Derecho Procesal. Cuando el hombre logró salir de su organización primitiva y comunitaria, para convivir con sus semejantes dentro de una estructura especial que recibe el nombre de Estado, las controversias y conflictos debieron ser encomendadas para su solución a un tercero imparcial y con la suficiente autoridad para imponer sus decisiones a las partes en conflicto. Este proceso fue largo y difícil a través de la historia. Hubo que pasarse paulatinamente desde la justicia por propia mano, donde lógicamente la razón la imponía el más fuerte, hasta este nuevo estadio, donde la razón debe ser otorgada a aquel que hubiese ajustado su conducta a los mandatos de una norma general establecida de antemano para regular la conducta de todos los integrantes de la comunidad. En todo Estado moderno, existe un órgano especialmente señalado por una Ley fundamental, para cumplir con esta función de administrar justicia y proveer a la tutela de los intereses particulares o sociales alterados por la infracción de las normas previamente establecidas por otro órgano competente. Esta función importantísima del Estado de administrar justicia es la que llamamos función jurisdiccional.

Una de las concepciones del Estado democrático para garantizar la seguridad jurídica en la ciudadanía, consiste en la separación del poder público en tres funciones separadas, cada una de las cuales está asignada a un órgano diferente: el órgano Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

De estos tres órganos o poderes, el que tradicionalmente ha sido más débil, es el judicial, sometido siempre al poder político que encarnaron los otros dos y de éstos, especialmente el Ejecutivo. De allí la necesidad que se tuvo, a medida que los pueblos fueron imponiendo un estilo de vida auténticamente democrático, de rodear al poder judicial de condiciones políticas e institucionales que le permitieran funcionar con suficiente independencia e imparcialidad en el juzgamiento de los casos sometidos a su decisión.

En nuestros países latinoamericanos esta concepción de la democracia se convierte en un imperativo categórico. Nuestra historia está llena de decepciones y frustraciones sociales y políticas. Si hacemos un ligero recuento de nuestras experiencias institucionales desde la Independencia hasta hoy, advertiremos fácilmente los sucesivos fracasos para el establecimiento de gobiernos democráticos de verdad, donde la justicia fuera un valor de fundamental relevancia (Venezuela sola ha contado con 26 Constituciones desde 1810). Por eso entre nosotros vuélvese una cuestión primordial la defensa de un poder judicial que sea el único depositario de la jurisdicción. Es necesario que en la sede judicial sea pronunciada la última palabra acerca de la interpretación de todo nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la propia Constitución y terminando por toda otra normatividad jurídica establecida en el despliegue de la juridicidad.

Mientras terminábamos de exponer las ideas precedentes, un hecho espectacular acaba de producirse para dar dolorosamente un sustento más a lo que venimos afirmando. El Poder Ejecutivo, a través de dos de sus expresiones singulares, el Gobernador del Distrito Federal y el Prefecto del Distrito Sucre del Estado Miranda, han decretado arrestos contra editores de tres importantes revistas venezolanas, que se caracterizan por un aparente desborde de poderes limitados por la Constitución Nacional.

La invocación de la reserva de esas atribuciones al Poder Judicial está pugnando trabajosamente por imponerse a través de la doctrina más esclarecida; pero el criterio final que ojalá logre imponerse, está interferido en nuestra joven democracia por anacrónicas supervivencias autoritarias —que nos cuesta enormemente descartar— para acogernos definitivamente al estilo de vida que tiene que discurrir en un Estado de Derecho consagrado enfáticamente en la Ley Fundamental de la República.

“La configuración técnica del acto jurisdiccional —dijo el maestro Eduardo J. Couture— no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos”.

5. *Independencia de la jurisdicción*

En todas las Constituciones democráticas modernas ha sido proclamada como garantía esencial de la justicia, la independencia de los jueces y de la magistratura. La independencia del juez sólo puede asumir su pleno significado en las democracias que se apoyan en el principio de la separación de poderes, según la enfática aseveración del gran jurista italiano Piero Calamandrei.

Esta independencia debe ser entendida en sus dos dimensiones fundamentales: a) en el sentido de autonomía del poder judicial frente a los otros tres poderes del Estado; y b) en la independencia individual de cada juez o tribunal que en el momento que decide, no puede recibir otras directivas que las que dicta su conciencia para la interpretación de la Ley.

La Constitución Nacional, sustento supremo del orden democrático adoptado por el pueblo venezolano como forma de gobierno, admitiendo el principio de separación de poderes como pilar fundamental del sistema, consagra normativamente la autonomía del Poder Judicial con respecto a los demás órganos del Poder Público, así como la autonomía, independencia y estabilidad de los jueces (Arts. 118, 205 y 207).

Reconocido esto, entre los variados modos de asegurar esa estabilidad, autonomía e independencia, nuestra Constitución ha señalado expresamente, pero sólo con respecto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia la fuente y trámite de su elección, reconociendo esta atribución a las Cámaras en sesión conjunta y por períodos de nueve años (Art. 214).

El otro órgano importante en la estructura del Poder Judicial, previsto constitucionalmente, es el Consejo de la Judicatura de cuya integración la Carta advierte que debe darse “adecuada representación a las otras ramas del Poder Público” (Art. 217). En cuanto a los demás tribunales que ejercen la jurisdicción, la Constitución lo encomienda a la determinación de la Ley Orgánica. De manera que en esta estructura, la política del nombramiento queda librada al criterio del legislador, quien desde luego, puede optar entre los varios sistemas que la doctrina y la ciencia política propician.

A partir de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada en 1969, parece que nuestro legislador ha inclinado su preferencia por el llamado sistema de autogerminación o autogobierno de la magistratura, en virtud del cual el nombramiento de los jueces parte del mismo Poder Judicial a través del órgano competente. En la actualidad, salvo excepciones expresamente establecidas, el nombramiento de los jueces, excluidos los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los de la Justicia Militar, lo hace el Consejo de la Judicatura como una de sus atribuciones esenciales.

La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público que estamos analizando regula en forma diferente la designación de los jueces que integran la jurisdicción especial, creada por ella según se trate de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, o de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.

1.—Los primeros son los jueces ordinarios de Primera Instancia en lo Penal a quienes, por Decreto que oportunamente dictará el Ejecutivo se les atribuirá competencia para instruir, conocer y decidir en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público. Vale decir que la designación de estos funcionarios la hace el Consejo de la Judicatura conforme a las disposiciones de la Ley de Carrera Judicial.

Esta Ley contiene pautas que ayudan a la selección de los aspirantes más capaces y de mayor solvencia moral, como son las referidas al concurso de antecedentes y de oposición para el ingreso a la carrera. Los concursos son públicos y se desarrollan ante un jurado calificado previsto en la Ley de Carrera Judicial. El concursante que resulte ganador tiene asegurada la estabilidad en la función judicial y garantizada su inamovilidad en el cargo por treinta años como mínimo, mientras dure su buena conducta.

2.—No sucede lo mismo con la designación de los jueces que integrarán los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público. La Ley, en una extraña disposición (Art. 83) dice que los mismos "estarán integrados por tres jueces designados por la Corte Suprema de Justicia en Pleno y se organizarán y funcionarán en la forma establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Con este mecanismo la Ley ha creado una innecesaria confusión que puede dar lugar a interesadas interpretaciones de tono político de acuerdo a la conformación del Poder que dirija eventualmente los des-

tinios de la República. No debe olvidarse que serían estos Tribunales los que deberán conocer en primera instancia de las causas que se sigan contra Diputados, Senadores, Ministros del Ejecutivo Nacional, Gobernadores y todos los demás altos funcionarios señalados en su artículo 82.

De pronto aquí se dejan de lado los principios de selección y estabilidad. La Ley Orgánica del Poder Judicial tiene previsto el nombramiento de los jueces por períodos constitucionales, es decir, por períodos de cinco años; y si bien es cierto que establece la posibilidad de su reelección, "siempre que hayan observado conducta intachable y demostrado eficiencia en el desempeño del cargo", hay una triste experiencia en el país sobre los intereses que interfieren, los cabildeos y las estrategias que se trazan para lograr nombramientos en la Justicia de personas, que no siempre reúnen ante la opinión pública los altos atributos que requiere esta elevada función.

Los jueces que integran los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público son designados por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, quedando librada a la discrecionalidad del Alto Tribunal, la selección de los candidatos idóneos. De manera que cada cinco años, y por aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estarán sometidos a las contingencias políticas del momento que pesarán indudablemente en el proceso de nombramiento, según la tendencia predominante en los altos niveles del Poder; y, por añadidura, el mismo órgano que los designa está librado a su vez a los avatares de la periodicidad.

Piénsese —repetimos— en la comprometedora competencia que les asigna la Ley de Salvaguarda: juzgamiento de los más prominentes funcionarios de la República, llegado el caso. Y si ese juzgamiento coincidiera con la proximidad de la conclusión del período para el cual fueron nombrados o con el comienzo del mismo, seguramente la independencia establecida normativamente por la Constitución y la Ley, será amenazada incesantemente por los vaivenes de la dura realidad.

3.—No estamos de acuerdo con el establecimiento de la doble instancia que rige el procedimiento. En esto eran superiores los Proyectos del Poder Ejecutivo y de la Comisión Permanente de Política Interior que propiciaban la instancia única según lo consignamos con anterioridad.

Especialmente el de la Comisión de 1978, que organizaba la instancia única con tribunal colegiado. La oralidad, como lo demostraremos exhaustivamente en nota futura sobre esta materia, funciona a cabalidad

cuando se compensa la supresión de la doble instancia con el tribunal colegiado. La doble revisión del proceso no se puede realizar bien, porque la inmediatez que significa la oralidad es irreproducible en este tipo de proceso. En el capítulo referido al procedimiento de la Ley no se establece en ninguna parte que el juicio oral deba repetirse nuevamente en segunda instancia. Y no lo podría hacer porque sería sencillamente absurdo. De modo que en este grado de la causa volvemos al procedimiento escrito con todos los graves defectos de este sistema, que son los que la Ley al parecer, intenta obviar al haberse acogido en el Capítulo II del Título VII de la misma, al principio de la oralidad.

4.—No alcanzamos a entender la razón por la que los altos funcionarios de la administración tuvieran que ser juzgados por un tribunal distinto del resto de los posibles responsables como lo establece la Ley en el artículo 82. Esta elitescas discriminación procesal no encaja en el espíritu republicano e igualitario que campea en la Constitución. No podemos admitir que los delincuentes de cuello blanco pudieran merecer en el estrado judicial un sitio preferente, como si al lado del banquillo de los acusados pudiera haber un trono de los acusados, como alguna vez lo escuchamos de boca de uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La representación de la Justicia con la imagen de una dama que lleva vendados los ojos, a la vez que una balanza en una mano y la espada en la otra, que la sabiduría de los pueblos exhibe, está destinada precisamente, desde antiguo, a igualar en esos platillos a todos los transgresores de la Ley, sea cual fuere su título o jerarquía. Y dictado el fallo final, la espada debe encargarse de ejecutar inexorablemente el mandato concreto de la sentencia.

5.—El otro defecto que le imputamos a la Ley es el haber suprimido el Recurso de Casación que había sido ampliamente consagrado en el Proyecto sancionado por el Congreso. Dijimos en el Comentario II, 4, de esta sección, que al sentar el Proyecto mencionado la posibilidad de que la Sala de Casación Penal pudiera entrar a conocer del fondo de la controversia al declarar con lugar el Recurso de Casación por infracción de Ley (Art. 99), materializaba grandes principios de celeridad y economía y confería al Supremo Tribunal de la República la oportunidad de sentar doctrina sobre el alcance y significación de las muchas nuevas figuras penales creadas en la Ley. Al suprimir la casación de la sentencia se ha privado, reiteramos, al proceso venezolano de uno de sus prestigiosos institutos.

6. El nuevo procedimiento

En los comentarios precedentes, hemos descrito la jurisdicción especial creada por la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, señalando a continuación las críticas que nos merecía la forma y el modo de designación de los funcionarios competentes que no garantizaban a cabalidad la independencia de la magistratura como aspiración fundamental de la democracia consagrada en la Constitución. Seguiremos un criterio análogo para el estudio del nuevo procedimiento también establecido en la misma Ley.

Este procedimiento está regulado bajo el Capítulo II, del Título VII, a través de dieciséis artículos que van desde el 86 hasta el 101, ambos inclusive.

El propósito perseguido es dotar al proceso especial de mayor economía, celeridad y publicidad de los actos, a fin de posibilitar al público un conocimiento directo de la actividad desplegada por los órganos y sus auxiliares en la administración de justicia.

El legislador venezolano, para materializar los principios señalados (economía, celeridad y publicidad), insiste esta vez al parecer decididamente por adoptar en la etapa plenaria del juicio, la vía de la oralidad, propiciando expresamente la publicidad de los actos que lo expresan. Así, por ejemplo, el artículo 85 manda que los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público "serán instructores directos en los procesos cuyo conocimiento les compete, estándoles prohibido delegar esta función, salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución. En estos últimos casos, podrán librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República o del extranjero, según corresponda". Y en el "Parágrafo único" del artículo 99, dice categóricamente: "Bajo ningún respecto las audiencias del juicio oral serán secretas".

Antes de abordar con mayor amplitud las ventajas de la oralidad como tipo de proceso, intentaremos señalar algunos de los caracteres más destacados que pueden señalarse en el procedimiento consagrado en la Ley.

1) Normalmente el procedimiento previo a la promoción de la acción penal propiamente dicha se inicia por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de que pudieran hacerlo simultáneamente el Ministerio Público o el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público competente. La Contraloría General asume muchas de las atri-

bucciones de la anterior Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito, que dejará de funcionar a partir del 1º de abril de 1983. Una vez que toma conocimiento de hechos que pudieran estar encuadrados en la Ley, inicia las investigaciones correspondientes, con auto motivado que se comunica al representante del Ministerio Público, cuando la investigación no hubiere sido iniciada por este agente.

Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido alguno de los delitos contemplados en la Ley, la Contraloría solicitará al funcionario competente que intente la acción penal correspondiente.

Ahora bien: tanto la Contraloría como el representante del Ministerio Público, en esta etapa pueden obtener de la jurisdicción una importante medida cautelar. La Ley les confiere el poder de solicitar por órgano de la autoridad judicial el aseguramiento de bienes por monto hasta por el doble de la cantidad en que se estime el enriquecimiento ilícito o el daño causado por el investigado al Patrimonio Público. En este caso el órgano judicial acordará la medida solicitada "sujetándose a los trámites previstos en el Código de Procedimiento Civil. Introducida la solicitud, el juez decretará en la misma audiencia la medida preventiva de aseguramiento solicitada" (Art. 55).

La Contraloría General no es parte en la acción penal, sino el Fiscal General de la República, quien, después de recibido el expediente, dentro de los 30 días siguientes hará practicar las diligencias o actuaciones que crea necesarias y aquellas pertinentes que promueva el investigado. Estas diligencias son secretas, menos para el indiciado, hasta que se declare concluida la averiguación. Concluido el término, ordena y comisiona suficientemente al efecto, al respectivo agente del Ministerio Público el ejercicio de la acción pertinente para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil o administrativa que corresponda.

Hay que destacar el enorme valor probatorio que la Ley confiere a las diligencias practicadas por la Contraloría General y los elementos recabados por el Ministerio Público, incluida la prueba testimonial. El artículo 57 de la Ley establece, que "tendrán la fuerza probatoria que les atribuyen las leyes adjetivas, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial". Si bien es cierto que la misma norma manda que el Tribunal de Salvaguarda, de oficio o a instancia de alguna de las partes, examine nuevamente a los testigos que hubieran declarado ante aquellos organismos, si solicitada la rectificación judicial de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, "dicha prueba podrá ser apreciada, en su conjunto, como indicio". Con esta disposición —como lo explicaremos

más adelante— se desvirtúa, en perjuicio del procesado, una importante conquista del sistema dispositivo al cual está unida la oralidad.

2) El Capítulo II, Título VII, que regula el enjuiciamiento para establecer la responsabilidad penal y civil derivada de la Comisión de Delitos contra la cosa pública, señala que el procedimiento se regirá por las disposiciones de esta Ley; y “en caso de vacío o puntos dudosos, se aplicarán las normas del C. de E. Criminal en cuanto fuere procedente y no se opongan a las previsiones de esta Ley”. El mismo Capítulo contiene disposiciones especiales para la determinación de la competencia que se aparta en algunos aspectos de las reglas comunes reguladas en el C. de E. Criminal.

Así, por ejemplo: “Cuando aparecieren como agentes principales, cómplices o cooperadores alguno de los funcionarios públicos indicados en el artículo 82 (Ministros, Gobernadores, Jueces Superiores, Ministros de la Corte Suprema de Justicia, etc.) y simultáneamente, funcionarios públicos o particulares que deban ser enjuiciados por Tribunales de Primera Instancia, por infracciones previstas en la presente Ley, el conocimiento de la causa respecto a todos ellos, corresponderá al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público” (Art. 89). “Cuando hubiere concurrencia de delitos, bastará que uno de ellos sea de los previstos en esta Ley para que la competencia corresponda exclusivamente a los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público” (Art. 90).

Hay que anotar también que el único antejuicio que queda en pie es el de mérito, previsto en el numeral 2º del artículo 215 de la Constitución de la República. De manera que el resto de las personas que incurran en la comisión de los delitos contemplados en la Ley de Salvaguarda no serán beneficiados con la llamada averiguación de nudo hecho reglada en el Libro III, Título III, Capítulo III, ni con la precedencia necesaria de la sentencia penal con respecto a la acción civil establecida por el artículo 3 numeral 2º del C. de E. Criminal (Art. 86).

3) La Ley que estamos considerando, cumpliendo con el mandamiento constitucional estampado en el ordinal 5º de la Carta Fundamental, que faculta el juzgamiento en ausencia de los reos de delito contra la cosa pública, establece un procedimiento especial para enjuiciar a los ausentes o fugados en las disposiciones que abarcan el artículo 91 al 94 de la misma. Se establecen formas y garantías adecuadas para que el procesado no quedare privado de defensa. Pero la ausencia o fuga no interrumpe el proceso que continúa hasta su conclusión por sentencia y

eventual ejecución de la misma, permitiendo sólo las pausas necesarias para que el enjuiciado comparezca y participe adecuadamente en el juicio.

4) El tramo sumarial de este juicio es el mismo que el señalado en el C. de E. Criminal, con algunas ligeras variantes que no alteran nada sustancial. Los autos de detención dictados por los Tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, son impugnables únicamente por recurso de apelación. Es decir, que contra ellos no cabe más el llamado recurso de reclamo, ni tampoco son recurribles en casación. El artículo 101 de la Ley, dice: "Contra las sentencias definitivas y contra las interlocutorias con fuerza de definitivas de los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, se oirá apelación en la forma siguiente: 1.—De las decisiones que en primera instancia dicten los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. 2.—De las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público". Y el Parágrafo Segundo que sigue al artículo 82 consigna expresamente: "Las sentencias de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público no tendrán recurso de casación".

5) Otro carácter peculiar en este procedimiento radica en la obligación impuesta al Fiscal del Ministerio Público, de proponer, en capítulo separado del escrito de cargos, la acción civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público. En el acto de la contestación podrán y deberán oponerse todas las excepciones previstas en los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, "pero en ningún caso se abrirán articulaciones para decidir excepciones o cuestiones de previo pronunciamiento, pues todas quedarán pendientes para ser decididas en la definitiva".

Después de esto comienza el desarrollo del juicio oral propiamente dicho, al cual dedicaremos extensamente la próxima nota.

7. Importancia de la oralidad en el proceso penal

1.—El artículo 99 de la Ley reza: "En la audiencia siguiente al vencimiento del término probatorio, el tribunal con competencia en ma-

teria de Salvaguarda del Patrimonio Público, fijará el día y hora en que comenzará el juicio oral, el cual se regirá por las disposiciones relativas a los juicios correccionales establecidas en el Capítulo X del Título III, que comprende los artículos 412-A y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal". Parágrafo único: "Bajo ningún respecto las audiencias del juicio oral serán secretas".

Antes de seguir adelante, creemos necesario hacer una breve acotación. El juicio oral reglado en el Capítulo X, Título III, Libro Tercero del Código de Enjuiciamiento Criminal, se aplica para el enjuiciamiento de los delitos cuya pena sea de prisión o de arresto hasta por cuatro años en su límite máximo, relegación a una colonia penitenciaria, confinamiento, expulsión del territorio de la República o pena no corporal, *cuando el juez optare por este procedimiento en vez del ordinario* (Art. 412-A).

La opción establecida a favor del juez, fue causa de que no encontráramos en los anales jurisprudenciales casos sometidos a este procedimiento. El Capítulo en cuestión ha sido incorporado al C.E. Criminal por la reforma adoptada en 1957. La tal reforma no significó otra cosa que el traslado al Código en lo sustancial, de las disposiciones contenidas en el Título V de la "Ley contra el enriquecimiento ilícito de funcionarios o empleados públicos", que sí eran de obligatoria aplicación y estuvieron vigentes desde 1948.

Ya vimos en el Punto IV de la Sección Primera de este trabajo, los pobres resultados obtenidos con los mecanismos de esa Ley. Hay que lamentar, entre otras frustraciones, el que durante 35 años se hubiera tenido en el procedimiento penal el juicio oral, sin haber aprovechado la enorme experiencia que pudo significar esta valiosa conquista del sistema acusativo.

Pues bien: ¿Cuáles son las ventajas de la oralidad para el proceso penal? Trataremos de resumir algunas de las consideraciones más relevantes a este respecto. Empecemos por señalar que la oralidad, propia del sistema acusatorio procesal, se contrapone a la escritura que caracteriza en general a todo el derecho positivo procesal venezolano, tanto en materia civil como penal.

2.—Ya para el proceso civil, que tardó más en Europa en incorporar la oralidad al procedimiento, el maestro ejemplar Guisepppe Chiovenda comenzó su batalla propagandística en el año 1906 con una conferencia pronunciada en el Círculo Jurídico de Nápoles, titulada "Las

reformas procesales y las tendencias del pensamiento moderno".¹² Desde entonces hasta su fallecimiento en 1937, el ilustre procesalista considerado casi unánimemente como el fundador de la ciencia procesal moderna en los países latinos, trabajó sin descanso por imponer la oralidad, la concentración y la intermediación. Publicaciones, tratados, conferencias, declaraciones, etc., impresos en su ingente labor científica son testimonio de ese sostenido esfuerzo de su talento creador.

Los continuadores de la vigorosa escuela que fundó reiteraron la argumentación fundamental del maestro y la adaptaron a las realidades impuestas en su propio país. Una de las razones que solía invocar para introducir la oralidad y los demás principios ajenos a la misma en el proceso civil, era su vigencia entonces en el proceso penal. Decía: "El tipo y el carácter de un sistema procesal están determinados principalmente por el predominio que en él tenga el elemento oral o el elemento escrito. Para convencernos de ello, nos basta comparar nuestro proceso penal, que es oral con nuestro proceso civil, que es escrito".¹³ Más adelante al hablar de las batallas políticas y jurídicas entabladas para consagrar la oralidad, insiste: "Estas batallas que en principio tuvieron también carácter político, se libraron primero en el campo del proceso penal. En éste, la oralidad fue pronto adoptada por la casi totalidad de los Estados". Nuestro juicio penal (el de Italia) tiene por principio supremo la oralidad y se desarrolla como la lógica aplicación de este principio".¹⁴

En el llamado sistema mixto, el principio de la realidad se aplica sobre todo en la segunda etapa del proceso, es decir, en el juicio propiamente dicho o plenario. En este estadio, es cuando la oralidad aparece con más nitidez junto a los demás principios que caracterizan al sistema acusatorio, colocando al juez en un punto de equidistancia que asegura su imparcialidad; la igualdad entre las partes; la continuidad de los actos procesales; la inviolabilidad de la defensa; libertad del juez para apreciar la prueba y preponderantemente, la intervención del pueblo en la administración de justicia.

Las ventajas de la oralidad en el proceso son tan evidentes, que puede resultar casi una perogrullada insistir en las mismas. Notables escritores de todos los tiempos las expusieron con mayor o menor brillantez cada vez que fue necesario; y habiéndose impuesto la oralidad

12. Chiovenda, Giuseppe: "Instituciones sobre Derecho Procesal Civil". Trad. E. Gómez Orbaneja, Edit. *Revista de Derecho Privado*, Tomo III, p. 167.

13. G. Chiovenda: *ob. cit.*, p. 169.

14. *Ob. cit.*, p. 171.

casi en todas partes en el juicio penal, el tema —reiteramos— está prácticamente ausente de la bibliografía contemporánea. De allí es que no sea necesario fatigar la atención con demasiadas citas, sobreentendiéndose que lo que aquí procuramos sintetizar no es sino repetida versión de postulados expuestos por aquellos ilustres antecesores que trabajaron sobre el tema, comenzando por Jeremías Bentham (1748-1799) en Inglaterra, continuando con Mario Pagano, su coetáneo en Italia, y rematando para no seguir con innumerables autores, por el mismo Niceto Alcalá Zamora, el gran anciano de nuestro tiempo, a quien todavía los años y la enfermedad, no le impiden continuar entregando valiosos aportes a la ciencia procesal.

3.—Chioventa, citando a Mario Pagano transcribe este párrafo: “La escritura, como bien lo decía Sócrates según Platón, es cosa muerta, y no nos habla más que de un solo lado, esto es, por medio de aquellas ideas que con los signos nos despierta en el espíritu. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no contesta a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de una misma cosa. En la voz viva hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras minúsculas circunstancias, las cuales modifican y desarrollan el sentido de las palabras generales, y nos suministran innumerables indicios a favor o en contra de lo que las palabras afirman. Esa lengua muda, la elocuencia del cuerpo, valiéndose de la frase de Tulio, siendo más interesante, es más verídica que las palabras, y sólo en menor grado logra esconder la verdad. Todos esos signos se pierden en la escritura, y le faltan al juez los más claros y seguros argumentos”.¹⁵ Esta más que bicentenaria afirmación conserva hoy toda su elocuencia.

4.—En efecto, nada está más cerca de la comunicación directa que la palabra oral, porque junto o tras de ella tenemos necesariamente la totalidad del sujeto. Ella es el mensaje viviente y actual de esta realidad humana que la sustenta. En todos los aspectos de la comunicación se ha tratado de unir a la voz el resto de la realidad para expresarla. Basta meditar en la actividad cultural que vivimos hoy. La prensa escrita para expresarse mejor, se acompaña de la imagen gráfica; la radio es el otro intento para acercar voces de otras latitudes a nuestra percepción; el cine, combinando sonidos más imágenes sucediéndose a velocidad calculada para igualar el ritmo y tono real de la vida; y, por último, esa versión extraordinaria que es la televisión para traernos todo eso más el decurso natural, inmediato y fresco de la ingente actividad humana.

15. Chioventa: *Instituciones...*, p. 171.

Pues, realmente, todo relato escrito que pretenda retratarnos esa realidad, cualquiera fuere su nivel literario o artístico no logrará ponernos en presencia del fenómeno con la misma objetividad. Y en el mundo del proceso penal, lo que el juez necesita conocer y juzgar es la verdad real; para ponerse en contacto con ella es necesario que los protagonistas verdaderos, empezando por el imputado, siguiendo por los testigos y rematando por los demás medios probatorios (médicos forenses, peritos, etc.), reproduzcan a través de la palabra en sus múltiples facetas expresivas y el agregado de la presencia física, la historia del hecho o drama humano que tiene que conocer, para luego juzgar en el difícil esfuerzo de arribar a la sanción concreta que corresponde a la hipótesis planteada en la norma legal.

Imagínese el enorme esfuerzo que debe realizar para juzgar un magistrado a través de la lectura de las acuaciones escritas de un expediente, la mayoría de las veces luego de un largo tiempo de la versión mediatizada, generalmente insuficiente o parcializada por toda la carga subjetiva del escribiente. Por añadidura, en ese relato escrito estarán omitidos por la propia insuficiencia de la escritura muchos de los ingredientes capaces de describir al sujeto sometido a juicio, o a los testigos que deponen en formularios más o menos análogos sobre las circunstancias del hecho investigado.

Alfredo Vélez Mariconde, eminente jurista y profesor coautor del primer Código Procesal Penal mixto que rigió en la Argentina (Córdoba, desde 1939), notable magistrado en tribunales del juicio oral, aborda esta cuestión con expresivas conclusiones y nos dice: "Además, y esto también es computable, el procedimiento oral establece las mejores condiciones formales para que los otros sujetos del proceso, especialmente el acusador y el acusado, hagan valer con toda amplitud, espontaneidad y eficacia, los derechos o poderes jurídicos que les corresponden, lo que favorece el esclarecimiento de los hechos del mismo modo que la directa comunicación de todos ellos asegura su comprensión y contralor recíprocos". . .

"En definitiva, sintetizando un pensamiento universalmente admitido, el juicio oral, público, contradictorio y continuo se presenta como el mecanismo más apto para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses; como el que permite el contralor público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y garantía de justicia; como el que mejor responde a las exigencias constitucionales".

Desde luego, todas estas posibilidades positivas, para manifestarse en plenitud, vienen necesariamente acompañadas de los otros caracteres que complementan y perfeccionan la adopción de la oralidad. Nos referimos a los principios de inmediación, publicidad, concentración o continuidad, libre convicción o sana crítica y, por fin, a la instancia única con tribunal colegiado.

5.—Las consideraciones que proceden se refieren a las metas de un auténtico juicio oral, que como dijimos más arriba, está definitivamente incorporado y desde hace muchísimo a la casi totalidad de los países más avanzados en su legislación procesal. En América Latina tenemos conocimiento de su adopción por la mayoría de las provincias argentinas; en Perú, Colombia, México y Cuba. Y allí donde se impuso, nunca más se volvió al procedimiento escrito.

En el próximo comentario, señalaremos los caracteres de su incorporación al procedimiento de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, como asimismo las observaciones que nos merece su definitiva regulación.

Sin embargo, cualquiera que fuere la crítica, se ha dado un notable paso hacia adelante. Esperamos con gran confianza, que la dedicación, capacidad y entusiasmo de los funcionarios, juristas y abogados que protagonizarán la concreción de esta experiencia, serán la mejor prenda para la realización del propósito.

8. *Los otros principios anexos a la oralidad*

En el comentario precedente anticipamos que para que se dé plenamente el juicio paradigmático en el sistema mixto, junto con la oralidad, necesariamente deben darse a otros principios inmediación, publicidad, concentración o continuidad, libre convección o sana crítica y, por fin, la instancia única. Veamos si estos principios han sido recogidos en el procedimiento consagrado en la Ley de Salvaguarda.

A. *La inmediación.* La inmediación que, como ya lo adelantamos, está estrechamente unida a la oralidad, permite al magistrado ponerse en contacto directo con las pruebas y las partes y captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originarias.

Para no extendernos demasiado en la cuestión, larga y definitivamente elaborada por la ciencia procesal, leamos su caracterización en uno de nuestros más destacados expositores en el proceso civil, Hum-

berto Cuenca: "Consiste en la cercanía del juez con la realidad del proceso en contacto directo con las personas y las cosas que lo constituyen, no sólo con los litigantes sino también con los testigos y demás auxiliares de la justicia. Pero además exige esta cercanía el conocimiento directo de las cosas que son objeto del proceso, de manera que pueda estar impregnado del ámbito real de la controversia y de la atmósfera donde ocurrieron los sucesos. Aspira el juez, por tanto, por el principio de intermediación no a recibir los sucesos con carácter histórico, o sea, relatados después de ocurridos, sino que hasta cierto punto esté lo más cerca posible de los acontecimientos".¹⁶

La Ley de Salvaguarda acoge parcialmente este principio en el Art. 85 cuando dice: "Tanto los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público como los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, serán instructores directos en los procesos cuyo conocimiento les compete, estándoles prohibido delegar esta función, salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución. En estos últimos casos, podrán librar rogativas, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República o del extranjero, según corresponda".

Al permitir a los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República para la evacuación de pruebas, deja margen la Ley al Juez de la causa para el apartamiento del principio de intermediación, ya que al momento de valorar los elementos probatorios (testigos, inspecciones oculares, informes de facultativos, etc.) lo hará a través de actas o relatos escritos vertidos en actuaciones que no se realizaron en su presencia.

En este sentido estaba mejor redactado el Art. 81 de la Ley sancionada por el Congreso, que solamente autorizaba la realización de estos actos por juez comisionado, "cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución *en lugar situado fuera de su jurisdicción territorial*" (El subrayado es nuestro).

B. *La publicidad y la concentración o continuidad están consagrados en la Ley.* La publicidad, cuando en el Parágrafo Único que va a continuación del Art. 99, se manda que "Bajo ningún respecto las audiencias del juicio oral serán secretas". Esto tiene un valor extraordinario;

16. *Derecho Procesal Civil*, UCV, Edic. de la Biblioteca, Caracas, 1976, T.I., pp. 263-273.

quiere decir, sencillamente, que el debate en torno al hecho que se le imputa al encausado se hará a plena luz, en un salón adecuado, al que se permitirá el libre acceso del público.

Sobre esta cuestión, no podemos pasar por alto la información suministrada por colegas juristas, quienes nos relatan haber presenciado a través de la televisión importantes juicios penales transmitidos "en vivo y en directo" en Italia, a la que tanto debemos en la ciencia procesal; y de la emoción republicana que se experimenta al saber que la nación entera está asistiendo a la debida aplicación de la Ley. El Presidente del Tribunal, con voz clara y firme leyendo la sentencia ante el país con el relato conciso de los antecedentes del caso; la fundamentación firme y serena de la sentencia y, por último el veredicto final recaído...

La concentración o continuidad permite efectuar en una sola audiencia o en pocas audiencias próximas, los actos procesales fundamentales. Materializa una de las aspiraciones de todo buen proceso como es la celeridad; permite también el logro de otro requisito de eficiencia cual es la identidad física del juez durante el proceso.

En el sistema mixto la concentración tiene lugar en la etapa plenaria, por cuanto en la instrucción sumaria que es la primera fase, el proceso discurre de acuerdo a otras pautas para asegurar la preparación del juicio propiamente dicho. Allí, los actos procesales van reuniéndose en forma independiente y discontinua a medida que la investigación se desenvuelve en torno al hecho y a las circunstancias conexas al mismo.

Pues bien: la Ley de Salvaguarda nos dice en el Art. 99 que el juicio oral que consagra se regirá por las disposiciones relativas a los juicios correccionales establecidas en el Capítulo X, del Título III, que comprende los Arts. 412-A y siguientes del C. de E. Criminal. Este capítulo fue incorporado al citado Código por la reforma de 1957. No había tenido hasta ahora ninguna aplicación práctica porque dejaba al juez la opción de adoptar o no el procedimiento oral para juzgar determinadas clases de delitos de menor gravedad. En cambio, ahora por mandato de la Ley, el proceso oral se torna obligatorio para enjuiciar a todas las personas sometidas a la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Entre las 19 disposiciones reguladoras del juicio oral, en la que el juez se torna verdadero director del proceso, vale la pena transcribir los Arts. 412-N y el 412-P que traduce mejor este principio de concentración, continuidad o unidad.

Dice el 412-N: "El juicio oral continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias para su determinación. Mientras haya diligencias por evacuar, cada sesión no podrá durar menos de cuatro horas. Sólo podrá suspenderse cuando fuere necesario practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones, o no compareciere algún testigo cuya declaración se considere necesaria, o por indisposición comprobada del Juez, parte o defensor".

El Art. 412-P fija el plazo para dictar sentencia, luego de la conclusión del debate. "Dentro de los cinco días siguientes a la terminación del procedimiento oral, el Juez dictará sentencia de acuerdo con lo pautado en este código".

C. *Libre convicción o sana crítica.* Entre los sistemas para valorar la prueba, se conocen tres en la experiencia procesal que son: 1) pruebas legales, 2) el de la libre convicción o sana crítica, 3) el de la íntima convicción. Las expondremos muy esquemáticamente.

1) Pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio. En este sistema la función del juez consiste simplemente en comprobar tarifariamente los elementos o datos previamente establecido por el legislador, para dar por aprobado o no un hecho, sin importar su propio proceso mental lógico volitivo. Es el que históricamente primero se conoció, sobre todo cuando el proceso adquirió el carácter de la escritura.

2) La sana crítica o libre convicción ocupa una categoría intermedia entre la prueba legal y la íntima convicción. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, nos dice Couture, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente. Esta manera de actuar no sería sana crítica. . . La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendentes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

3) En el sistema de la íntima convicción el juez goza de la más amplia libertad para acreditar el hecho y para apreciar la prueba. Está autorizado para declarar convencido aun con independencia de la prueba y sin necesidad de exponer los fundamentos o motivos en que se basó su convicción. Este sistema llamado también juicio de conciencia es la regla que se sigue en aquellos países que tienen instaurado el juicio popular o por jurados en su forma más pura. Allí, a la conclusión del de-

bate, los integrantes del jurado pasan a un recinto donde deliberan en el más absoluto secreto. Terminada la deliberación, vuelven a la sala de audiencia para contestar en forma afirmativa o negativa a las preguntas del veredicto. El escueto y seco "culpable" o "inocente", librado de toda fundamentación formal, sella la suerte del imputado. . .

Puesto en la disyuntiva de elegir, nosotros optamos para la valoración de la prueba por el sistema de la sana crítica o libre convicción, en donde el juez debe consignar en la sentencia la prueba producida, los fundamentos de la misma apoyado en los aportes de la lógica y la experiencia que deriva del conocimiento científico en constante evolución.

Esta necesidad está hondamente arraigada en nuestra tradición, como expresión de ese valor cardinal del Derecho que es la seguridad jurídica, tan próximo al valor supremo llamado Justicia.

Lamentablemente la Ley de Salvaguarda se ha quedado en el viejo y caduco sistema de la prueba legal que es el que caracteriza a nuestro también arcaico Código de E. Criminal en esta materia. Basta leer el Art. 86 de la Ley y el 99 de la misma, que nos envían al Código de E. Criminal y el procedimiento del juicio correccional para juzgar los hechos sometidos a los tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público. Es decir, la sumisión del juez a las pautas de la prueba legal minuciosamente reguladas en el citado Código.

Con esta regulación la Ley se ha quedado en la mitad del camino para lograr un verdadero proceso penal mixto. Al injertar la oralidad sobre las bases de la escritura y sus defectos del C. de E. Criminal, sin avanzar en reformas estructurales más audaces, nos deja un proceso híbrido que amarrará al juez en el momento de la decisión, e impedirá el dictado de una sentencia realmente justa apoyada en los sólidos soportes racionales y científicos que confieren la sana crítica o libre convicción.

Trataremos con más extensión en el próximo comentario la cuestión de la doble o única instancia como principio que necesariamente debe estar unido a la oralidad.

9. *Discusión teórica y práctica acerca de la doble o única instancia en el proceso*

1. Los procesalistas han discutido y siguen discutiendo acerca de un importante problema de política procesal. Es el relativo a la unidad o pluralidad de las instancias en el proceso.

Desde el punto de vista de la acepción técnica del vocablo, "instancia es la denominación a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte".¹⁷

En todo debido proceso se trata de lograr: por una parte, la mayor economía material y temporal en su desarrollo; y por la otra, justicia en la decisión. El autor citado considera que debe darse un adecuado equilibrio entre ambas aspiraciones: "ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia".

La cuestión tiene que ver también con la naturaleza del tribunal que ha de conocer y decidir en la causa, es decir, si debe ser un tribunal unipersonal o colegiado. Y por último, hay que distinguir si se trata de un proceso escrito u oral, para poder realizar un adecuado tratamiento del tema.

Nosotros somos partidarios de la instancia única con tribunal colegiado, especialmente si se opta por el proceso oral. La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, habiendo instaurado la oralidad en el proceso especial que consagra, mantiene sin embargo, la doble instancia yuxtaponiendo procedimientos escritos y orales en las instancias y colocando además, como veremos, un tribunal colegiado por encima de otro tribunal colegiado para decidir, en el segundo grado de la causa. Pero vayamos por partes en el tratamiento de este delicado asunto.

Evidentemente que hay una relación dialéctica de la que resulta que para que la instancia única sea idónea, es necesario que se dé en un tribunal colegiado. Y viceversa, resulta innecesario por el desgaste jurisdiccional que significa, suponer doble instancia con tribunales colegiados en primera y segunda instancia.

Los sostenedores de la doble instancia, arguyen que el tribunal de apelación ofrece mayores garantías por el número de sus componentes y por el superior criterio y experiencia de éstos, y además por los nuevos elementos o medios de defensa que las partes pueden hacer valer, supliendo omisiones o corrigiendo defectos, vista la apreciación y consecuencias deducidas por el juez de primera instancia, que aquellos no pudieron o no supieron prever ni calcular al provocarlos o presentarlos,

17. Eduardo J. Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 169.

con lo cual el error resulta menos probable, haciendo más clara y simple la controversia, a lo que contribuye muchas veces la sentencia de primera instancia.

Por su parte, los partidarios de la instancia única afirman que lo primero que justifica la apelación son los tribunales unipersonales de primer grado, porque si los litigantes recurren al tribunal superior es en razón de que éstos están formados por varios jueces y, en consecuencia, el litigio es examinado más detenidamente. Si los tribunales de primera instancia fuesen colegiados, el recurso de apelación carecería de fundamento, como sería absurdo si el de segunda instancia fuese unipersonal. Por otra parte, el que triunfa en primera instancia y pierde su pleito en la apelación, no pensaría, seguramente, que el tribunal de segunda instancia es el que está en lo cierto y, por lo tanto, se habrá eliminado la incertidumbre. De lo que no cabe duda es que constituye una de las causas más evidentes de la lentitud del proceso y que en la doctrina va perdiendo terreno.

Al hablar sobre la preferencia entre tribunales unipersonales y colegiados, concluye Hugo Alsina el punto con una categórica afirmación: "Como régimen procesal es indiscutible la superioridad del sistema colegiado, no sólo ya desde el punto de vista de la mayor garantía en el fallo, sino, también en la rapidez y economía. En efecto, permite la supresión de la doble instancia atribuyendo al mismo tribunal la instrucción de la causa y decisión definitiva".¹⁸

En Venezuela hay quienes sostienen que la doble instancia constituye una exigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio. No compartimos esta afirmación.

La Constitución venezolana no impone el doble grado de conocimiento como expresión de esa garantía. El Art. 204 de la Constitución establece que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que determine la Ley Orgánica. En la misma Constitución existen disposiciones por las que el más alto tribunal de la República conoce y decide en única instancia en una serie de materias de vital importancia, sin que nunca se haya advertido su inconveniencia, lo cual constituye una buena demostración de que no es indispensable el complicado y dilatorio mecanismo de la doble instancia. Basta leer las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en el Art. 215, ordinales 1º, 2º cuando los funcionarios enjuiciados hu-

18. Hugo Alsina: *Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*. Ediar, S. A. Buenos Aires, 1956, pp. 130 y ss.

biesen incurrido en delitos políticos; 3º, 4º cuando las nulidades de que se trata fueren promovidas por acción popular; el ordinal 8º cuando se trata de dirimir las controversias en que intervienen directamente el Supremo Tribunal; y por último la competencia asignada por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al más alto Tribunal de la República en la enumeración del Art. 42, "cuando su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad".

La simplificación de la administración de justicia en Venezuela se inicia efectivamente a partir de 1945, cuando las sucesivas constituciones han venido estableciendo que es competencia del Poder Nacional la Administración de Justicia y la creación, organización y competencia de los Tribunales (Cfr. Constitución Nacional. Reforma Parcial del 5 de mayo de 1945, Art. 15, Ord. 7º; Constitución de la República de Venezuela del 23 de Enero de 1961, Art. 136, Ord. 23).

La Ley Orgánica del Poder Judicial desenvuelve el precepto constitucional, suprimiendo la tercera instancia estampada todavía en el Código de Procedimiento Civil en los Arts. 187 y 415 (Cfr. LOPJ, Arts. 75 y 77, letras B, C y D, ordinal 1º).

Es necesario dejar aclarado que en estas condiciones nos estamos refiriendo únicamente a los llamados recursos ordinarios. El recurso de casación es una vía extraordinaria que debe mantenerse a todo trance por estar expresamente previsto en la Constitución y además por su finalidad que hasta ahora en Venezuela, no implica una revisión del fondo de la controversia, ni en materia civil, ni en materia penal.

10. *Observaciones a la oralidad receptada en la ley*

Se ha dado un paso positivo —repetimos— con la adopción de la oralidad en el procedimiento penal especial para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en el Título VI de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público. Sin embargo, el mecanismo establecido, como lo anticipamos *ut supra*, resulta híbrido debido a la inconsecuencia con algunos de los postulados que implica la oralidad. La razón de ello, consideramos imperativa la formulación de ineludibles observaciones:

a) Una de ellas ya fue adelantada. No se acoge al sistema mixto propiamente dicho. Al mantener la etapa instructoria en el sistema inquisitivo y escriturario del C. de E. Criminal, con el agregado de la prueba legal, se ha consumado una extraña mixtura que no responde plenamente a las bondades preconizadas por la oralidad.

b) La doble instancia establecida para la instrucción y decisión final de la causa, atenta también contra la eficacia del proceso oral. La doble instancia significa que la causa debe ser sometida a una revisión del proceso, y esto es prácticamente irrealizable en esta clase de juicio. Tendría que reproducirse ante el tribunal de apelación las vivencias de los debates orales de una audiencia o de varias audiencias consultivas, con los mismos testigos, médicos forenses, peritos, que ya rindieron sus declaraciones verbales ante el tribunal de primera instancia.

c) Eso no es todo. Resulta que a la postre, en la segunda instancia queda, con la redacción actual de la ley, desvirtuada también la oralidad. Esto porque, en definitiva, el Tribunal que conoce en segundo grado, debe regirse por el procedimiento escrito conforme a las remisiones de las normas pertinentes que regulan la materia.

En efecto, el Art. 99 de la Ley nos dice que el juicio oral se regirá por las disposiciones relativas a los juicios correccionales establecidos en el Capítulo X del Título III, que comprende los Arts. 412-A y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, este Capítulo X regula todo el desarrollo de la audiencia o audiencias pertinentes del debate oral. Pero también el mismo Capítulo contiene el Art. 412-Q, que dice: “De las sentencias dictadas en primera instancia conocerán en apelación o consulta los Tribunales Superiores y el procedimiento en éstos se tramitará en la forma prevista en el Capítulo Unico, Título V del Libro Segundo de este Código”. (El subrayado es nuestro). Este Capítulo Unico, a su vez, señala el procedimiento en Segunda Instancia. ¡Y todas las pruebas que allí son admitidas, como las diligencias que se consideran conducentes, serán regidas de acuerdo al principio de la escritura que inspira el C. de E. Criminal!

d) La cosa se torna más problemática todavía en los asuntos que deban ser conocidos en primera instancia por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, que de acuerdo a la Ley son colegiados porque estarán integrados por tres jueces designados por la Corte Suprema de Justicia en Pleno (Art. 83). De las decisiones que en primera instancia dicten estos tribunales, cabe apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (esta Sala se compone de cinco Magistrados). ¡Vale decir que un tribunal colegiado tendrá que conocer de acuerdo al procedimiento escrito, en la revisión de una sentencia dictada por otro tribunal colegiado que había enjuiciado en la instancia oral! Grave incongruencia metodológica.

e) Inexplicablemente, y sin que nadie, que nosotros sepamos, hubiese formulado la menor objeción en el largo proceso de formación de esta Ley, se ha eliminado el recurso de casación que había sido muy bien regulado en la redacción sancionada por el Congreso, inmediatamente anterior a su devoción con observaciones por el Ejecutivo. Entre las objeciones de este órgano, ninguna se refería al recurso de casación.

La casación tiene en Venezuela considerable arraigo y tradición desde su instauración procesal en junio de 1876. Desde entonces, empezando por la que fue la Alta Corte Federal, hasta nuestra actual Corte Suprema de Justicia, ha ido elaborándose una jurisprudencia del más alto nivel intelectual y científico para garantizar la integridad de la ley, y permitir su depurada vigencia.

El criterio del Alto Tribunal, evolucionando sabiamente al conjuero de las exigencias históricas, ha ido señalando el camino seguro para la adecuada interpretación de la ley. La seguridad jurídica descansaba en la máxima garantía emanada de sus meditadas sentencias.

El Congreso había dado un paso audaz al conferir a la Corte Suprema la facultad de pronunciarse sobre el fondo mismo de la sentencia, cuando declaraba con lugar el recurso por infracción de ley.

Y no había que alarmarse por eso. Humberto Cuenca nos dice que: "En Latinoamérica, la mayoría de nuestros países adoptaron la casación... derivada de la casación española, o sea, del llamado sistema impuro o casación de instancia, como Colombia, Cuba, Chile, Honduras, Santo Domingo, El Salvador y otros".¹⁹

Si bien es cierto que aquí asumiría atribuciones excepcionales de tribunal de instancia, el proceso penal ganaría no solamente en celeridad y economía que son necesidades perentorias en todo buen Código de enjuiciamiento, sino que además, la jurisprudencia se vería enormemente enriquecida con la ilustración y capacidad indiscutida de los juristas que logran —por méritos especiales— acceder a tan alta jerarquía funcional.

Por otra parte, dadas las características especiales de nuestro ordenamiento procesal, el Supremo Tribunal de la República ya tiene atribuida competencia por expresa disposición de la Ley, para conocer de las apelaciones contra decisiones de tribunales de lo contencioso-administrativo o de los tribunales ordinarios o especiales en los juicios en que sea parte o tenga interés la República, cuando su conocimiento no

19. Humberto Cuenca: *Curso de Casación Civil*. Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1974, p. 59.

estuviere artibuido a otra autoridad (Art. 42, Ord. 18 de la LOCSJ). Así por ejemplo, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Art. 273, ordinales 1, 2, y 5); Ley de Impuesto sobre la Renta de 1978 (Art. 136); Ley (derogada) contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (Arts. 37 y 61). En consecuencia, la posibilidad de decidir sobre el fondo de la controversia cuando se declara con lugar el recurso por infracciones de ley material, no significaría una novedad de tanta trascendencia.

Por lo expuesto, nos queda la impresión de que los Poderes Públicos, en este Título de la Ley referida a la jurisdicción y al procedimiento, carecieron de adecuado asesoramiento en la materia, seguramente debido a la falta de experiencia en el país en cuanto al sistema procesal penal mixto. Sin necesidad de gravar económicamente el costo del sistema, se pudo formular el mismo de la siguiente manera:

a) Ordenar todo el procedimiento de la Ley dentro de la concepción moderna de proceso mixto, con lo que hubiéramos avanzado de verdad hacia una reforma estructural inmediatamente posterior de nuestro actual C. de E. Criminal, que es una de las causas fundamentales de la rémora que aqueja al procedimiento penal.

b) Crear uno o más tribunales con el nombre de Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrados por tres jueces cada uno designados de conformidad con la Ley de Carrera Judicial, pero reglando su organización y funcionamiento para su adaptación al juicio oral, en donde el presidente, el secretario y los otros vocales del Tribunal, tienen roles que cumplir antes, durante y después de la audiencia pública. La remisión actual al Capítulo X, Título III, Libro Tercero del C. de E. Criminal, dispuesta por el Art. 99 de la Ley, no es suficiente porque este procedimiento especial del Código está previsto para un tribunal unipersonal cuya actuación no puede ser la misma que la de un tribunal colegiado en el juicio oral. Peca de la misma insuficiencia el Art. 83 de la Ley, al establecer que la organización y funcionamiento de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, se hará en la forma establecida por la Ley Org. del P. Judicial

Las escasas disposiciones de la LOPJ referidas a organización y funcionamiento del tribunal colegiado, estuvieron previstos para la actuación en un proceso escrito; repetimos, el Tribunal Superior de Salvaguarda está creado para un juicio oral que requiere de un órgano concebido estructural y dinámicamente con una normativa sustancialmente distinta.

c) Estos tribunales colegiados de Salvaguarda del Patrimonio Público deben conocer en el plenario y en única instancia, de todas las causas que se promuevan contra las personas incursoas en las previsiones penales de la Ley, sin discriminación entre funcionarios de primera y segunda categoría como ahora sucede. . . , reservándose únicamente para los funcionarios altos, señalados por la Constitución, el antejuicio de mérito contemplado en el Art. 215 de la misma.

d) La etapa sumarial o instructoria pudo estar a cargo de los actuales jueces de Primera Instancia en lo Penal. Contra las decisiones de éstos como jueces de instrucción cabrían los recursos previstos en el C. de E. Criminal, para ante los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público.

e) Debió mantenerse el recurso de casación de acuerdo a lo pautado en el Art. 333 del C. de E. Criminal; y avanzando audazmente en la casación, permitir que cuando se declare con lugar al recurso por infracción de ley, la Corte Suprema de Justicia conozca del fondo de la controversia condenando o absolviendo al encausado.

Para terminar, deseamos sinceramente a la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público una aplicación más tangible que la que le imputa melancólicamente el maestro Niceto Alcalá Zamora a una ley análoga vigente en México, desde 1939... "tratándose de peces gordos, no se ha aplicado jamás, que yo sepa. . . y en cuanto a los peces chicos, acaso por espíritu de equidad compensatoria suelen desembocar en veredictos de inculpabilidad en los juicios seguidos, por ejemplo, a modestos carteros acusados de haberse quedado con el importe de unos giros postales".²⁰

ADVERTENCIA BIBLIOGRAFICA

La bibliografía que citamos a continuación es la que ha servido de base a nuestro Trabajo de Ascenso que lleva por título: "La Oralidad en el Proceso Penal Venezolano a partir del Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público". El trabajo fue aprobado por el distinguido Jurado de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes y luego ratificado por el Honorable Consejo de la misma con mención en la sesión del 22 de septiembre de 1982.

En el citado trabajo individualizan al pie de página las citas correspondientes a la bibliografía que aquí consignamos.

20. Niceto Alcalá Zamora: "A propósito del Jurado". *Boletín* del I. Colegio de Madrid, N° 3-80.

Luego de la promulgación de la Ley publicamos en el diario *Frontera*, de Mérida, una serie de notas referidas al Título VII de la Ley, donde, dado el estilo periodístico de la crónica, omitimos muchas citas para hacer más ágil la lectura. Por eso, a pesar de las omisiones que se conservan en esta monografía, creemos necesario mencionar las fuentes bibliográficas que apoyan básicamente las reflexiones que contiene.

BIBLIOGRAFIA

- AGRELO, E.: "Los principios fundamentales del proceso penal en la legislación Argentina", en *Revista de Derecho Procesal*, Año V, 1947, 1ª parte.
- AGUILERA, DE P.: *Comentario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N. y LEVENE, R.: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.: *Proceso, auto y composición y autodefensa* (contribución al estudio de los fines del proceso), México, 1947, 2ª edic., 1970.
- Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1960.
- "A propósito del jurado", *Boletín del Colegio de Abogados*, Nº 3, Madrid, 1980.
- "Proceso oral y abogacía", en *Estudios de Teoría General del Proceso* (1945-1972). México, UNAM, 1974.
- ALSINA H.: *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. EDIAR, S. A., Buenos Aires, 1956, Tomo I, pp. 130-139.
- BARTOLINI FERRO, A.: *El Proceso Penal y los actos jurídicos procesales penales* (acción, jurisdicción, proceso), Santa Fe, 1942.
- BORJAS, A.: *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano*.
- CALAMANDREI, P.: *Proceso y Democracia*, Traducción de Héctor Fix Zamudio. Edic. EGEA. Buenos Aires, 1960, pp. 102-114.
- CARNELUTTI, F.: *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1950, EJEA.
- El problema de la pena*, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1970.
- Principios del proceso penal*. Buenos Aires, EJEA, 1971.
- Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, EJEA, 1960.
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal*. Trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá, 1956.

- CARRILLO, E., y URDANETA, C.: *Revista Jurídica*, Año IV, mayo-junio, 1933, N° 41-42, pp. 134-144.
- CASTRO, M.: *Curso de Procedimientos Penales* (Compilado por Frutos Pedro y Argüello P. I.), 3ª edic. Buenos Aires, 1937.
- CLARÍA OLMEDO, J. A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1960.
- COUTURE, E.: *Fundamentos del Derecho Procesal*. Edic. Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 268-276.
- CUENCA, H.: *Derecho Procesal Civil*, UCV, Edic. de la Biblioteca. Caracas, 1976, Tomo I, pp. 263-273.
- CHIOSSONE, T.: *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª edic. Imprenta Universitaria. Caracas.
Temas Procesales y Penales, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1977.
- CHIOVENDA, G.: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. de J. Casáis y Santalo. Edit. Reus. Madrid, 1922, pp. 127-142.
Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. E. Gómez O. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, Tomo III, pp. 168-191.
- ELLERO, P.: *De la certidumbre en los juicios criminales, o Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1944.
- FAIREN GUILLÉN, V.: "Los tribunales de jurados en la nueva Constitución", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, N° 4.
- FENECH, M.: *Derecho Procesal*, Edic. Labor, Barcelona, 3ª edic., 1960.
- FINZI, M.: *El interrogatorio explicativo*, Buenos Aires, 1941.
- FLORIÁN, E.: *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Edit. Bosch, Barcelona, 1934, pp. 64-79.
- FONTÁN BALESTRA, C.: *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, 2ª edic. Tomo VII, pp. 363-369.
- FONTECILLA RIQUELMER, R.: *Derecho Procesal Penal*, Santiago de Chile, 1943.
- FORNATTI, E.: *Excepciones previas en el Proceso Penal*. Buenos Aires, 1952.
- FOSCHINI: *Sistema del diritto processuale Penale*, Milano, 1956.
- FREYTES AGUDO, E.: "Fallas de los procesos por delitos contra la cosa pública y las causas civiles por enriquecimiento ilícito". *Repertorio Forense*, Tomo 38.
- GARCÍA RAMÍREZ, S.: *Curso de Derecho Procesal Penal*, 3ª edic. México, 1980.
- GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas Jurídicos y Políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J. J.: *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, 3ª edic. México, 1959.

- GROSS, H.: *El manual del juez*, trad. de Máximo de Arredondo.
- JIMÉNEZ ASENJO, E.: *Derecho Procesal Penal*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid (sin fecha de impresión), pp. 63-77.
- JIMÉNEZ DE ASÚA: *Derecho Penal Argentino*.
- JOFRE, T.: *Manual de Procedimiento (civil y penal)*, 5ª edic. anotada por Helperín, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1941. Tomo I, pp. 29-50; 68-74, Tomo II, pp. 9-25.
- KYRBY, ROBERT G.: *Hacia una Teoría General de la Corrupción*, Mérida, 1979, pp. 1-45; 15-19.
- LEONI, G.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Trad. S. Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1963, pp. 20-36; 305-410.
- LEVENE, R. (h): "El Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Penal, *Revista de Derecho Procesal*, Año VI, 1948, N° III.
Manual de Derecho Procesal Penal, Bibliografía OMEBA, Buenos Aires, 1967, pp. 71-88; 355-377.
- LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, G.: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1980, N° 1.
- LORETO, L.: "Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela", en *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, 1943, T. I., pp. 205-221.
- MANZINI, V.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, EJEA, 1951-1954, T. I., pp. 34-86.
- MÁRQUEZ AÑEZ, L.: *Estudios de Procedimiento Civil*. Edit. Jurídica Venezolana. Caracas, 1978, pp. 125-127.
- MÁRQUEZ, J. F.: *Elementos de Direito Processual Penal*. Sao Paulo, 1965.
- MARIÑAS OTERO, L.: *Las Constituciones de Venezuela*. Edit. Cultura Hispánica, Madrid, 1965 (985 p.).
- MENDOZA, C.: "La Institución del Jurado en Venezuela", *Rev. Ciencias Políticas*, Año I, Mes III, Dic., 1908, pp. 79-84, Caracas.
- MENEU MORILEÓN, P.: *La especialización de la magistratura penal; juez civil y juez penal*. Valencia, 1952.
- MORENO, A.: *Doctrina y Práctica del procedimiento criminal*. Buenos Aires, 1943-1945.
- ODERIGO, M.: *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1952.
- OSORIO Y FLORIT, M.: "Juicios por Jurados", *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, 1963, Tomo XVII, pp. 471-481.
- PODETTI, R. J.: *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo VIII, pp. 98-102.
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, GABIEDES, E. G.: *Derecho Procesal Penal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 299-334.

- PRIETO MORALES, A.: *Derecho Procesal Penal*, Edit. Orbe, La Habana, 1976, pp. 22-39.
- QUEVEDO MENDOZA, J. A.: "Instrucción en Materia Penal". *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, T. XVI, pp. 153-170.
Juicio Oral en Materia Penal. Idem. T. XVII, pp. 379-428.
- RENGEL ROMBERG, A.: *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1980, T. I., 125-135.
- SABATINI, G.: *Instituzioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, 1933.
- SALIM ABRAHAM, F.: *La oralidad en el proceso laboral a partir del Proyecto CPC de 1975*. Trabajo de ascenso aprobado por la Fac. de Ciencias Jurídicas y Políticas, ULA, Mérida, 1981, pp. 86-93.
La Oralidad en el Proceso Penal Venezolano a partir del Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Trabajo de Ascenso aprobado en la Fac. de Ciencias Jurídicas y Políticas el 9-9-82, Mérida, Venezuela, 1982.
- SERPA ARCAS, R.: *Código de Enjuiciamiento Criminal*, Instituto de Ciencias Penales. Fac. de Derecho, Caracas, 1966.
- SODI, C. F.: *El procedimiento penal mexicano*, 4ª edic., México, 1957.
- URDANETA CASTILLO, ENRIQUE Y C.: "El juicio por jurado", *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Caracas.
- URRUTIA SALAS, M.: *Manual de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, 1949.
- VÁZQUEZ, I. C. y CASTRO, R. A.: *Procedimiento penal mixto*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1968.
- VÉLEZ MARICONDE, A.: *Los principios fundamentales del proceso penal, según el Código de Córdoba*, Buenos Aires, 1942.
Los defectos del juicio escrito y las ventajas del oral. Opúsculo, Buenos Aires, 1948.
Estudios de Derecho Procesal Penal, Córdoba 1956 (Arg.), Tomo I, pp. 9-14; 115-139; 291-303; 305-364. Tomo II, pp. 78-91.
Enciclopedia OMEBA. T. XVI, pp. 153-170; Tomo XVII, pp. 379-428. Buenos Aires, 1962-1963. Bibliográfica OMEBA.

REVISTAS, COMPILACIONES Y DIARIOS

1. *Compilación Legislativa de Venezuela*. VII, 1958-1959. Edit. Andrés Bello, Caracas, 1962.
2. *Gaceta Forense*.
3. *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*.
4. *Repertorio Forense*.
5. *Diario El Nacional* (varios números).

PROYECTOS

- I. "Exposición de Motivos y Proyectos del C.P.C.", p. 45, Imprenta del Congreso de la República, Venezuela, nov. 1975.
- II. "Proyecto del Poder Ejecutivo de fecha 3-7-75". Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.
- III. "Informe de la Comisión Permanente de Política Interior de la Cámara de Diputados, sobre el Proyecto de fecha 7-6-78".
- IV. "Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la República y remitido al Senado, con fecha 7-5-81, acompañado de Exposición de motivos".
- V. "Ley Orgánica del Patrimonio Público, sancionada por el Congreso de la República, con fecha 28 de julio de 1982".
- VI. "Mensaje del P. Ejecutivo (65 hojas) de fecha 9-9-82, pidiendo reconsideración de la Ley".
- VII. "Proyecto de Ley de Reforma Parcial al Código de Enjuiciamiento Criminal. Exposición de Motivos, 27-4-77".

VII
APENDICE

TEXTO DE LA LEY*

(Tomado de la *Gaceta Oficial* N° 3.077 Extraordinario
de 23 de diciembre de 1982)

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

Decreta:

la siguiente

LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

TÍTULO I

Del objeto de la ley y de las personas sometidas a ella

Objeto de la ley: la responsabilidad

Artículo 1º—El objeto de la presente Ley es prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública que en ella se determinan, y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella.

Sujetos de la ley: los funcionarios o empleados públicos

Artículo 2º—Para los efectos de esta Ley, se consideran funcionarios o empleados públicos:

Ejercicio de funciones públicas

- 1) A todos los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas, originadas

* Para el mejor manejo del articulado de la Ley, cada disposición ha sido precedida de una frase que resume su contenido, elaboradas por Allan R. Brewer-Carías.

por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de las Entidades Federales, Municipios o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a control de tutela, o de cualquier otro tipo, por parte de dichas entidades.

Directivos y administradores de entes descentralizados

- 2) A los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviese integrado con aportes de las entidades mencionadas en el artículo 4º de esta Ley, igual o mayor al cincuenta por ciento del capital o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichas entidades estatales, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento del capital o patrimonio.

Particulares

- 3) A cualquier otra persona, en los casos previstos en la presente Ley.

Extraterritorialidad subjetiva

Artículo 3º—Las disposiciones de la presente Ley se aplican a las personas indicadas en el artículo anterior, aun cuando cumplan funciones o realicen actividades fuera del territorio de la República.

Composición del Patrimonio Público

Artículo 4º—Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a:

- 1) La República.
- 2) Los Estados y Municipios.
- 3) Los Institutos Autónomos, los establecimientos públicos y demás personas jurídicas de derecho público en las cuales los organismos antes mencionados tengan participación.
- 4) Las sociedades en las cuales la República y demás personas a que se refieran los numerales anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.

- 5) Las sociedades en las cuales las personas a que se refiere el ordinal anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento.
- 6) Las fundaciones constituidas y dirigidas por algunas de las personas referidas en el presente artículo, o aquellas de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para esas personas.

TÍTULO II

De la Declaración Jurada de Patrimonio

Obligación y lapsos de la declaración jurada

Artículo 5º—Las personas señaladas en el artículo 2º de esta Ley, deberán hacer declaración jurada de su patrimonio dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión y dentro de los treinta días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas.

Exención fiscal

La declaración jurada de patrimonio estará exenta de todo impuesto o tasa.

Registro de funcionarios o empleados públicos

A quienes compete hacer el nombramiento o designación y a los presidentes de cuerpos integrados por funcionarios electos, corresponderá participar a la Contraloría General de la República las elecciones recaídas, los nombramientos o designaciones hechos y las respectivas tomas de posesión de cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2 de esta Ley, a los fines del Registro de Funcionarios o Empleados Públicos.

Tal participación deberá hacerla el obligado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en la cual el funcionario o empleado público asuma el ejercicio del cargo.

Prórroga de lapsos

Parágrafo Unico: La Contraloría General de la República, en casos excepcionales y justificados, podrá prorrogar los lapsos antes indicados.

Formalidades de la declaración

Artículo 6º—La declaración de patrimonio debe ser hecha bajo juramento de decir verdad, en papel común, sin estampillas, por ante

los funcionarios que el Contralor General de la República autorice para recibirla. En el extranjero, la declaración se hará ante el representante diplomático o consular de la República en el país donde el funcionario formulante preste sus servicios. El funcionario que reciba la declaración deberá enviarla a la Contraloría General de la República dentro de los diez días continuos siguientes a la fecha en que hubiere sido hecha.

Recibo de la declaración

Parágrafo Unico: El funcionario que reciba la declaración otorgará constancia de ello al interesado.

Excepciones

Artículo 7º—Están exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio:

- 1) Los profesores y maestros que no tengan otra actividad pública que la enseñanza.
- 2) Los suboficiales, clases y soldados de las Fuerzas Armadas Nacionales, que no ejerzan funciones administrativas.
- 3) Los miembros de las academias, de comisiones de legislación y de cuerpos consultivos.
- 4) Los que sólo tuvieren funciones eventuales, interinas o transitorias, que no excedan de tres meses, salvo aquellos que presten servicios o ejerzan gestiones, negocios o mandatos en el exterior y no estén exceptuados en los ordinales anteriores.
- 5) Los que determine la Contraloría General de la República, mediante resolución motivada, por la naturaleza de las funciones que desempeñen.

Requerimiento de declaración

Parágrafo Unico: La Contraloría General de la República, podrá ordenar a cualquiera de las personas exceptuadas en el artículo precedente, que formule declaración jurada de patrimonio en el término prudencial que le señale, cuando, a su juicio, ello fuere necesario con motivo de la investigación que aquélla practique.

Contenido de la declaración

Artículo 8º—La declaración jurada de patrimonio deberá contener una relación:

- 1) De los bienes y de los créditos a favor o en contra del declarante con expresión del valor de los mismos.
- 2) De los bienes y de los créditos a favor o en contra del cónyuge no separado legalmente de bienes, y los de los hijos menores sometidos a la patria potestad del declarante, con expresión del valor de los mismos.
- 3) En el caso de bienes muebles, se señalará el lugar donde están depositados, si no lo estuvieren en la casa de habitación del declarante.

Bienes muebles exceptuados

Parágrafo primero.—Se exceptúan del requisito de la declaración, los bienes muebles destinados al uso o al consumo personal y directo del declarante, del cónyuge y los de sus hijos menores sometidos a patria potestad. En todo caso, deberán incluirse en la declaración jurada de patrimonio las obras de arte y las joyas cuyo valor individual exceda de cien mil bolívares o que en su conjunto excedan de quinientos mil bolívares; en ambos casos, se identificará con precisión cada uno de los objetos e indicará el valor de adquisición de los mismos. El Reglamento podrá modificar los montos antes indicados.

Autorización tácita de investigación

Parágrafo segundo.—La declaración jurada de patrimonio también contendrá autorización expresa e irrevocable del declarante, facultando a la Contraloría General de la República y al órgano jurisdiccional competente para que sean investigados sus cuentas y bienes situados en el extranjero.

Normas para formular la declaración

Artículo 9º.—En la formulación de la declaración jurada de patrimonio deberán observarse las siguientes normas:

Bienes inmuebles

- 1) Cuando se trate de derechos sobre bienes inmuebles se indicará el número, folio, protocolo, tomo, fecha y oficina subalterna de registro ante la cual se hubiere protocolizado su adquisición, enajenación, gravamen u otro tipo de operación realizada sobre ellos.

Acciones y cuotas sociedades

2. Cuando se trate de acciones o cuotas de participación en sociedades civiles o mercantiles se indicará el número, tomo, fecha y oficina donde curse el registro societario, y la naturaleza, número, valor de emisión y descripción de los títulos contentivos de las acciones o cuotas.

Cuentas bancarias y títulos valores

- 3) Cuando se trate de cuentas corrientes, de ahorro, de depósitos a plazo fijo, cédulas hipotecarias, certificados de ahorro, bonos quirografarios, financieros, de deuda pública o cualquier otro título valor se señalará, según el caso, su monto o saldo para el momento de la declaración, número de cuenta o título, instituto bancario comercial o hipotecario, entidad de ahorro, organismo financiero privado u oficial, nacional o extranjero, que hubiere emitido los valores o donde se hallaren los depósitos.

Otros derechos y acreencias

- 4) Cuando se trate de cualesquiera otros derechos o de acreencias activas o pasivas, se indicará, con la debida precisión, la documentación donde consten su valor y el nombre del deudor o acreedor.

Retención de remuneraciones

Artículo 10.—A las personas que no hubieren presentado la declaración jurada de patrimonio en el término señalado, se les retendrá el pago de las remuneraciones mientras no den cumplimiento a la obligación indicada. Esta retención se mantendrá hasta que el funcionario o empleado público presente prueba fehaciente de que entregó dicha declaración al funcionario autorizado por la Contraloría General de la República para recibirla.

Sinceridad de la declaración. Verificación

Artículo 11.—Las personas obligadas a formular declaración jurada de patrimonio prestarán las facilidades necesarias para verificar la sinceridad de ellas. A tal efecto permitirán a los funcionarios competentes la inspección de libros, cuentas bancarias, documentos, facturas, conocimientos y otros elementos que tiendan a comprobar lo que se averigua. Idéntica obligación estará a cargo de los funcionarios o empleados públicos y de los particulares que tengan dichos documentos en su poder.

Los institutos bancarios están obligados a abrir las cajas de seguridad de sus clientes sometidos a averiguación y mostrar su contenido cuando se lo exijan la Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente. La apertura se hará en presencia del funcionario respectivo y del titular de la caja de seguridad o de su representante. En caso de que aquél no concurriere al acto de apertura o se negare a abrir la caja de seguridad, ésta será abierta en su ausencia o rebeldía y en presencia de un fiscal del Ministerio Público, inventariándose su contenido, de todo lo cual se levantará acta en el expediente respectivo. Dicha caja, luego de sellada, no podrá abrirse nuevamente sin orden expresa del organismo que hubiere acordado la apertura e inspección.

Requerimiento de declaración en cualquier tiempo

Artículo 12.—La Contraloría General de la República o el órgano jurisdiccional competente, en cualquier tiempo, podrán exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio a las personas indicadas en el artículo 2º de esta Ley. En ese caso, dicha declaración deberá formularla el obligado dentro de los treinta días continuos siguientes a la notificación de la correspondiente resolución.

Requerimiento de declaración a personas no obligadas

Artículo 13.—El Tribunal competente podrá exigir la presentación de la declaración jurada de patrimonio a personas distintas a las indicadas en el artículo 2º de esta Ley, cuando, de las investigaciones de que esté conociendo, surjan indicios de delitos contra el Patrimonio Público. Los requeridos deberán formularla dentro de un plazo no mayor de sesenta días continuos, contados desde la fecha de la notificación de la correspondiente resolución.

Requerimiento de declaración a contratistas

Artículo 14.—Las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren bienes o servicios a cualesquiera de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta Ley, deberán formular o presentar declaración jurada de patrimonio cuando les sea exigido por la Contraloría General de la República o el Tribunal competente en el curso de las investigaciones que realicen.

Retención de pagos por incumplimiento

Mientras no den cumplimiento a esta obligación o no paguen la sanción pecuniaria que por su omisión les hubiere sido impuesta, no podrán contratar ni percibir pagos por la ejecución de contratos.

Sinceridad de la declaración. Verificación

Artículo 15.—La Contraloría General de la República, recibida la declaración jurada de patrimonio, procederá a verificar la sinceridad de la misma y a cotejarla, de ser el caso, con la declaración anterior.

Exigencia de presentación de documentos adicionales

Artículo 16.—Cuando la Contraloría General de la República observe que la declaración no se ajusta a las exigencias previstas en esta Ley o surjan dudas acerca de la exactitud de los datos que ella contenga, ordenará al declarante que presente los elementos probatorios del caso dentro del lapso de treinta días continuos, contados a partir de la fecha en que haya sido notificado, más el término de la distancia que se computará a razón de doscientos kilómetros diarios. Si no presentare lo requerido, la Contraloría General de la República participará a quien corresponda ordenar el pago de sueldos o emolumentos, a los efectos de que los retenga, hasta que corrija los vicios o consigne las pruebas que aclaren su situación.

Plazo adicional

Artículo 17.—El declarante podrá solicitar de la Contraloría General de la República, después de su notificación, la concesión de un plazo adicional no mayor de veinte días continuos, para comprobar ante ella la veracidad de su declaración jurada de patrimonio. Dicho organismo podrá acordar la prórroga por resolución que comunicará al solicitante.

Rechazo de la declaración. Apertura de la investigación

Artículo 18.—Vencidos los términos acordados al declarante para la corrección de su declaración jurada de patrimonio o para la presentación de los documentos probatorios del caso, la Contraloría General de la República decidirá la incidencia dentro de los treinta días siguientes y procederá a admitir la declaración, si fuere el caso. Por el contrario, cuando la decisión determine que la declaración es insincera por dolo imputable al declarante, se procederá a la apertura de la averiguación prevista en el artículo 48 de esta Ley. Si el error u omisión en la declara-

ción fuere culposo, la Contraloría General de la República, de oficio, hará las correcciones necesarias, instando al superior jerárquico para que amoneste al declarante.

Sanciones por incumplimiento de la obligación de declarar

Artículo 19.—El Contralor General de la República o sus delegados, por resolución motivada, sancionarán a las personas señaladas por el artículo 2º de esta Ley que, sin causa justificada, incurran en lo siguiente:

- 1) Omitieren hacer la declaración jurada de patrimonio dentro del término legal.
- 2) No presentaren, en el término que se les hubiere fijado, los documentos pedidos para comprobar la sinceridad de sus declaraciones juradas.

En el caso previsto en el numeral 1, se aplicará multa de quinientos hasta diez mil bolívares, y en el señalado en el numeral 2, multa de quinientos hasta dos mil bolívares, a juicio del órgano contralor y según la gravedad de la falta.

Sanciones por incumplimiento de las obligaciones de retención

Artículo 20.—El Contralor General de la República o sus delegados, por resolución motivada y en cada caso, sancionarán con multa de quinientos hasta dos mil bolívares a los ordenadores de pago que infrinjan las disposiciones de los artículos 10, 16 y 54 de esta Ley.

Sanciones por incumplimiento de la exigencia de declaración

Artículo 21.—La Contraloría General de la República o el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, en sus casos, sancionarán con multa de quinientos hasta diez mil bolívares:

- 1) A las personas que infrinjan o desacaten la resolución que les exija la presentación de la declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 14 de esta Ley.
- 2) A cualquiera que, de algún modo, impida u obstaculice la práctica de alguna diligencia que deba evacuarse dentro del procedimiento para verificar la sinceridad de la declaración jurada de patrimonio presentada de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

TÍTULO III

De las atribuciones y deberes de la Contraloría General de la República y del Ministerio Público

Competencia de la Contraloría General de la República

Artículo 22.—En materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, la Contraloría General de la República tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

Recibir declaraciones

- 1) Recibir, admitir, estudiar, cotejar, ordenar y archivar las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas.

Exigir declaraciones

- 2) Exigir la formulación y presentación de la declaración jurada de patrimonio a las personas que deban hacerlo, en la oportunidad y condiciones que juzgue necesario, de conformidad con esta Ley.

Realizar investigaciones administrativas

- 3) Realizar y sustanciar las investigaciones que considere procedentes cuando surjan indicios de que se han realizado actos violatorios de la presente Ley o de los cuales pueda derivarse responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley.

Declarar la responsabilidad administrativa e imponer sanciones

- 4) Declarar la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley e imponerles las sanciones pecuniarias previstas en ella.

Remitir documentos al Fiscal General

- 5) Enviar al Fiscal General de la República o a los tribunales competentes todos los documentos o elementos que ellos exijan, así como los resultados de las investigaciones que realice sobre toda acción u omisión que produjere un perjuicio en el Patrimonio Público o pudiere comprometer la responsabilidad de las personas sujetos de esta Ley.

Investigar a contratistas

- 6) Investigar a las personas jurídicas que contraten con alguna de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta Ley, cuando en su capital participe, directamente o por interpuesta persona, cualquier funcionario en contravención con lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución.

Investigar remesas al exterior

- 7) Practicar las investigaciones pertinentes cuando fundadamente se presuma que alguna de las personas sometidas a esta Ley, aun por medio de sujetos interpuestos, hubiere efectuado remesas de fondos al exterior con el propósito de ocultar su enriquecimiento ilícito.

Aclaratoria de dudas sobre la obligación de declarar

Artículo 23.—La Contraloría General de la República podrá aclarar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la obligación de hacer declaración jurada de patrimonio en las investigaciones para determinar responsabilidades administrativas y en la sustanciación de aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil.

Colaboración de la Policía Judicial

La Contraloría General de la República podrá solicitar la colaboración del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, el cual actuará, en este caso, como órgano auxiliar, sin menoscabo de las disposiciones contenidas en los artículos 74-A del Código de Enjuiciamiento Criminal y 7º de la Ley de Policía Judicial.

Actuaciones secretas

Artículo 24.—Las actuaciones que realice la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad administrativa o para sustanciar aquellos casos en que pudiera derivarse responsabilidad civil o penal, serán secretas, menos para el investigado, sus abogados y el representante del Ministerio Público. El funcionario que dé informaciones sobre ellas será sancionado con destitución.

Competencia de la Contraloría para investigar y fiscalizar

Artículo 25.—La Contraloría General de la República tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación

con el Patrimonio Público. A estos efectos, podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias en los organismos y entidades que se mencionan en el artículo 4º de esta Ley.

Apertura de las investigaciones

Artículo 26.—Si de las inspecciones y fiscalizaciones surgen indicios de que se han cometido actos violatorios de esta Ley, la Contraloría General de la República, por acto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar las diligencias que sean procedentes.

Competencia de la Contraloría para declarar responsabilidad administrativa

Artículo 27.—La determinación de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el Título IV de esta Ley, es de la competencia de la Contraloría General de la República, y, en consecuencia, los organismos y entidades que señala el artículo 4º deberán remitirle todos los documentos e informes sobre hechos, actos y omisiones relativos a la eventual responsabilidad administrativa del funcionario.

Conclusión de las investigaciones. Publicación

Artículo 28.—Concluida la investigación, la Contraloría General de la República publicará en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* la decisión que en ella recaiga y el auto por el cual remita al Fiscal General de la República el expediente respectivo, cuando ello fuere pertinente.

Responsabilidad disciplinaria

Artículo 29.—Si la averiguación culminare con una declaratoria de responsabilidad administrativa y transcurrieren los treinta días establecidos en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sin que se hubiere aplicado la sanción disciplinaria correspondiente, el Contralor General de la República solicitará al Fiscal General de la República requerir de la administración la imposición de la sanción que estime pertinente. De la decisión de la administración podrán recurrir el Ministerio Público o el administrado por ante los Tribunales correspondientes de la Carrera Administrativa.

Competencia de la Contraloría para sustanciar

Artículo 30.—Compete también a la Contraloría General de la República realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos

en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil. Concluida la sustanciación, remitirá al Ministerio Público el resultado de sus actuaciones para que éste ejerza las acciones pertinentes.

Competencia del Ministerio Público

Artículo 31.—En materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, el Ministerio Público tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

Ejercer acciones contra funcionarios públicos

- 1) Ejercer las acciones a que hubiere lugar, para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil y disciplinaria en que hubieren incurrido las personas indicadas en el artículo 2º de esta Ley.

Solicitar cooperación de cuerpos policiales o tribunales

- 2) Solicitar a los cuerpos policiales o a los tribunales competentes la realización de las averiguaciones correspondientes para completar las actuaciones y recabar los elementos que faltaren en los expedientes que le remita la Contraloría General de la República, a los fines de decidir acerca de la procedencia del ejercicio de la acción penal o civil contra las personas sometidas a investigación por el órgano contralor.

Sustanciar procedimientos

- 3) Recabar, conservar y estructurar cualesquiera elementos probatorios que considere necesarios y útiles para el procesamiento de las personas incurso en la perpetración de alguno de los delitos previstos en esta Ley.

Velar por aplicación de sanciones

- 4) Velar por la aplicación de las sanciones administrativas y disciplinarias que sean procedentes.

Intentar acciones de cobro de multas

- 5) Intentar la acción civil de cobro de las multas administrativas impuestas por la Contraloría General de la República como consecuencia de la declaración de responsabilidad administrativa, y que no hubieren sido satisfechas.
- 6) Las demás que le señalen esta Ley y su Reglamento.

TÍTULO IV

De la Responsabilidad Administrativa y Civil

Responsabilidad administrativa

Artículo 32.—El funcionario o empleado público responde administrativamente por sus actos, hechos u omisiones que sean contrarios a una disposición legal o reglamentaria. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil.

Sanciones administrativas

Artículo 33.—La Contraloría General de la República, en la decisión que declare la responsabilidad administrativa de las personas a las cuales se refiere el artículo 2º de esta Ley, aplicará las sanciones pecuniarias que sean procedentes, de acuerdo a las previsiones de la presente Ley.

Responsabilidad civil

Artículo 34.—El funcionario o empleado público responde civilmente cuando con intención, negligencia, imprudencia o abuso de poder cause un daño al Patrimonio Público. La responsabilidad civil se hará efectiva con arreglo a las previsiones legales pertinentes.

Endeudamiento no autorizado

Artículo 35.—Salvo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, incurren en responsabilidad administrativa, además de la responsabilidad penal y civil que establece esta Ley, los funcionarios que sin estar previa y legalmente autorizados para ello, o sin disponer presupuestariamente de los recursos necesarios para hacerlo, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier naturaleza que puedan afectar la responsabilidad de la República o de alguna de las entidades señaladas en el artículo 4º de esta Ley.

En estos casos, los responsables serán sancionados con multa de un mil a cincuenta mil bolívars.

Manejo ilegítimo de cuentas bancarias. Sobregiro

Artículo 36.—Incurre también en responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad penal y civil que pueda corresponderle, el funcionario o empleado público que, con fondos públicos, abra

cuenta bancaria a su propio nombre o al de un tercero, o deposite dichos fondos en cuenta personal ya abierta, o aquel que se sobregire en las cuentas que en una o varias entidades bancarias tenga el instituto o ente público confiado a su manejo, administración o giro. En estos casos los responsables serán sancionados con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Responsabilidad y obediencia debida. Relevamiento

Artículo 37.—Ningún funcionario será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos u otros bienes de que sea responsable, salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida. El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo y sin perjuicio de la responsabilidad del superior jerárquico que impartió la orden.

Responsabilidad solidaria de cuerpos colegiados

Artículo 38.—Los miembros de las Juntas Directivas o de los cuerpos colegiados encargados de la administración del patrimonio de las entidades a las que se refiere el artículo 4º, incurrirán solidariamente en responsabilidad administrativa cuando concurren con sus votos a la aprobación de pagos ilegales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que de tales acuerdos pudieren derivarse.

Responsabilidad solidaria de Concejos Municipales

Incurrirán igualmente en responsabilidad los funcionarios que hubieren autorizado tales pagos, salvo que hubieren objetado previamente por escrito la orden respectiva.

Relevamiento de responsabilidad

Esta disposición será aplicable a los Concejos Municipales.

Certificados inciertos de reposo

Artículo 39.—Cualquiera de las personas indicadas en el numeral 1 del artículo 2º de esta Ley que, sin atenerse a la verdad, expidan certificados o constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de cualquier persona a su trabajo, sean particulares o funcionarios o em-

pleados públicos u obreros al servicio del Estado, además de las otras sanciones previstas en la Ley, serán castigadas con multa de quinientos a cinco mil bolívares.

Ocultamiento o acaparamiento de formularios

Artículo 40.—Los funcionarios públicos que oculten, permitan el acaparamiento o nieguen injustificadamente a los usuarios las planillas, formularios o formatos cuyo suministro corresponde a la administración pública, serán sancionados, en cada caso, con multa de dos mil a diez mil bolívares.

Despilfarro

Artículo 41.—Serán sancionados con multa de diez mil a quinientos mil bolívares los funcionarios públicos que:

Gastos innecesarios

- 1) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales que excedan a las necesidades del organismo.

Gastos a precios superiores al mercado

- 2) Adquieran, arrienden o utilicen maquinarias, vehículos o materiales a precios superiores a los del mercado.

Servicios innecesarios o a precios superiores al mercado

- 3) Contraten servicios que no sean estrictamente necesarios a los fines del organismo, o a precios superiores a los del mercado.

Contratación de personal innecesario

- 4) Contraten personal supernumerario innecesario para el funcionamiento del organismo.

Agasajos innecesarios

- 5) Autoricen gastos en celebraciones y agasajos que no se correspondan con las necesidades estrictamente protocolares del organismo.

Gastos de escritorio y papelería innecesarios

- 6) Ordenen erogaciones excesivas para gastos de escritorios y papelería.

- 7) Ordenen obras de calidades o precios superiores a las necesidades requeridas por el organismo.

Negligencia en la defensa de derechos o acciones públicas

- 8) Dejen prescribir o permitan que desmejoren acciones o derechos de los organismos públicos, por no hacerlos valer oportunamente o hacerlo negligentemente.

Pérdida o deterioro de bienes públicos

- 9) Dejen que se pierdan, deterioren o menoscaben, salvo el desgaste debido al uso normal al cual están sometidos, las maquinarias, equipos, implementos, repuestos, materiales y cualesquiera otros bienes del Patrimonio Público.

Responsabilidad administrativa

Artículo 42.—Toda otra violación de una disposición legal o reglamentaria no prevista expresamente en esta Ley y que dé origen a una declaratoria de responsabilidad administrativa, será sancionada con multa de un mil a cincuenta mil bolívares.

Sanciones administrativas. Aplicación

Artículo 43.—Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en esta Ley, se tomará en cuenta la gravedad de la infracción y la naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el sancionado.

Acción de cobro de multas

Cuando el término para cancelar la multa se hubiere vencido y el funcionario no la hubiere pagado, se pasará el caso al Fiscal General de la República a los efectos de que intente la acción civil de cobro, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Intereses. Conversión de multas en arresto

Las cantidades adeudadas devengarán intereses calculados a la rata del doce por ciento anual. Sólo en los casos de imposibilidad del cobro a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República podrá acordar su conversión en arresto, de conformidad con la regla prevista en el artículo 106 de esta Ley. En este caso, mientras dura la medida, el funcionario no percibirá emolumento alguno.

TÍTULO V

Del Enriquecimiento y del Procedimiento para su Restitución al Patrimonio Público

CAPÍTULO I

Del Enriquecimiento Ilícito

Enriquecimiento ilícito

Artículo 44.—Incorre en enriquecimiento ilícito el funcionario o empleado público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas.

Elementos para su determinación

Parágrafo Unico: Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomará en cuenta:

- 1) La situación patrimonial del investigado.
- 2) La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios.
- 3) La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento.
- 4) Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguna de las entidades indicadas en el artículo 4º de esta Ley.

Sujetos del Enriquecimiento ilícito

Artículo 45.—Además de las personas indicadas en el artículo 2º de esta Ley, podrán incurrir en enriquecimiento ilícito:

Personas particulares obligadas a presentar declaración

- 1) Aquellas a las cuales se hubiere exigido declaración jurada de patrimonio, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.

Contratistas

- 2) Quienes ilegalmente obtengan lucros por concepto de ejecución de contratos celebrados con cualquiera de las entidades

indicadas en el artículo 4º de esta Ley. En estos casos, solamente se procederá cuando el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público actúe de oficio o a instancia del Contralor General de la República o el Fiscal General de la República.

Carga de la prueba

Artículo 46.—Sin perjuicio de las que pueda promover el órgano competente, incumben a la persona investigada o enjuiciada las pruebas indicadas en el artículo 44 y en el artículo 66 de esta Ley, la relativa al importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios y lo que tienda a comprobar la licitud del enriquecimiento.

Propiedad privada. Extinción

Artículo 47.—Los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el solo hecho de la sentencia ejecutoriada, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le ha producido un perjuicio económico. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional.

CAPÍTULO II

Del procedimiento ante la Contraloría General de la República

Inicio de la investigación administrativa

Artículo 48.—Cuando del estudio de las declaraciones juradas de patrimonio presentadas por los obligados a ello, de la denuncia que formulare el Ministerio Público o cualquier persona debidamente identificada, o del conocimiento de la Contraloría General de la República, apareciere que se han cometido hechos irregulares contemplados por esta Ley y presuntamente generadores o reveladores de enriquecimiento ilícito, la Contraloría General de la República, por auto motivado, acordará iniciar la investigación correspondiente y ordenará practicar todas las diligencias encaminadas a demostrar los referidos hechos ilícitos. Del auto que ordene la apertura de la averiguación, se notificará al representante del Ministerio Público, cuando la investigación no hubiere sido iniciada a instancias de este organismo. El Ministerio Público guardará la confidencialidad de las denuncias, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 53 de esta Ley.

Obligación de declarar

Artículo 49.—Los funcionarios o empleados públicos y los particulares están obligados a rendir declaración de los hechos que conoz-

can y a presentar a la Contraloría General de la República o a sus delegados, al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional competente, según el caso, libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que se averigua, sin observar lo pautado en los artículos 54 y 60 de la Ley Orgánica de la Administración Central. Cuando se tratare de inspección de cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia o comunicación, se procederá de conformidad con el artículo 63 de la Constitución.

Audiencia del investigado. Citación

Artículo 50.—La Contraloría General de la República deberá oír a la persona sometida a investigación, para lo cual se la citará. Si el investigado no pudiere ser citado, se publicará un cartel en un diario de circulación nacional, indicándole lugar, día y hora de comparecencia. El lapso de comparecencia no podrá exceder de quince días continuos, contados a partir de la fecha de publicación del cartel respectivo. Transcurrido ese lapso sin que el investigado comparezca, la averiguación proseguirá en su ausencia.

Conclusión de la investigación. Contenido de la decisión

Artículo 51.—Terminada la investigación, si no resultaren probados los hechos averiguados, la Contraloría General de la República hará declaración expresa de ello. En caso contrario e independientemente de la declaración de responsabilidad administrativa e imposición de las sanciones que sean pertinentes, procederá de la forma siguiente:

Responsabilidad penal

- 1) Si aparecieren fundados indicios de que el investigado ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito o cualquiera de los otros delitos contemplados en esta Ley, solicitará del Fiscal General de la República que intente las acciones penales y civiles correspondientes.

Infracción de leyes fiscales

- 2) Si resultare que el investigado está incurso en la comisión de hechos constitutivos de infracción de alguna de las disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional u otras de índole fiscal, decidirá lo conducente, de conformidad con la Ley Orgánica que rige sus funciones y con la presente Ley.

- 3) Si resultaren comprobados daños y perjuicios causados a la administración, solicitará del Fiscal General de la República que intente la acción civil respectiva.

Fiscal General de la República. Competencia

Artículo 52.—Una vez que el Fiscal General de la República tenga en su poder el expediente, dentro de los treinta días siguientes hará practicar las diligencias o actuaciones complementarias que considere necesarias y las pertinentes que promueva el investigado, en cuyo caso, observará lo establecido en el artículo 50 de esta Ley. Concluido ese término, si ello fuere procedente, ordenará al respectivo Fiscal del Ministerio Público, o a quien comisione suficientemente al efecto, que ejerza las acciones para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil o disciplinaria en que aparezca incurso la persona sometida a la averiguación.

Diligencias del Ministerio Público. Carácter secreto

Artículo 53.—Las diligencias que practique el representante del Ministerio Público serán secretas, menos para el indiciado, hasta que se declare concluida la averiguación.

Retención preventiva de remuneraciones

Artículo 54.—Si existen fundados indicios de responsabilidad del investigado, la Contraloría General de la República podrá ordenar que se retengan preventivamente las remuneraciones, prestaciones o pensiones del funcionario, cuando la investigación se refiera a fondos de los cuales éste aparezca directamente responsable en la averiguación.

Retención preventiva de pagos a contratistas

Esta retención podrá ordenarse también a requerimiento del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional competente, y podrá hacerse extensiva, en los mismos términos, a los pagos que los institutos y entidades mencionados en el artículo 4º adeuden a contratistas, cuando éstos aparezcan directamente implicados en las investigaciones que se practiquen.

Aseguramiento de bienes del investigado

Artículo 55.—El Contralor General de la República o el Fiscal General de la República, en sus casos, cuando existieren indicios graves, solicitarán por órgano de la autoridad judicial el aseguramiento de

bienes del investigado hasta por el doble de la cantidad en que se estime el enriquecimiento ilícito o el daño causado por el investigado al Patrimonio Público. En este caso, el tribunal acordará la medida solicitada, sujetándose a los trámites previstos en el Código de Procedimiento Civil. Introducida la solicitud, el Juez decretará en la misma audiencia la medida preventiva de aseguramiento solicitada.

Las medidas de aseguramiento podrán ser decretadas por el tribunal competente de la jurisdicción o, en su defecto, por otro tribunal competente por la materia de cualquier otra jurisdicción territorial.

Competencias judiciales. Exclusión de la prejudicialidad

Artículo 56.—Las averiguaciones o actuaciones que practiquen la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, de conformidad con las atribuciones que le confiere esta Ley, no impiden ni menoscaban las de los tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, y, en ningún caso, podrán ser opuestas aquellas como cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional.

Fuerza probatoria de las actuaciones

Artículo 57.—Las diligencias que practique la Contraloría General de la República en los procedimientos de su competencia, así como los elementos que recabe el Ministerio Público, incluida en ambos casos la prueba testimonial, tendrán la fuerza probatoria que les atribuyan las leyes adjetivas, mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial. Sin embargo, el tribunal competente, de oficio o a instancia de alguna de las partes, examinará nuevamente a los testigos que hayan declarado ante aquellos organismos. En caso de que, pedida la ratificación judicial de la prueba testimonial, ésta no fuere hecha, dicha prueba podrá ser apreciada, en su conjunto, como indicio.

TÍTULO VI

De los Delitos contra la Cosa Pública

Peculado

Artículo 58.—Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 2º de la presente Ley que se apropie o distraiga, en provecho propio o de otro, los bienes del Patrimonio Público o en poder de algún organismo público, y cuya recaudación, administración o custodia tenga por razón de su cargo, será penado con prisión de tres a diez años y

multa del veinte al sesenta por ciento del valor de los bienes objeto del delito. Se aplicarán las mismas penas si el agente aun cuando no tenga en su poder los bienes, se los apropia o distrae o contribuye para que sean apropiados o distraídos, en beneficio propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le proporciona su condición de funcionario público.

Peculado culposo

Artículo 59.—Cualquiera de las personas indicadas en el artículo 2º de esta Ley que por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones, diere ocasión a que otra persona se apropie o distraiga los bienes indicados en el artículo que precede, será penada con prisión de tres meses a un año.

Malversación genérica

Artículo 60.—El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiendo elevarse la pena en una tercera parte si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público.

Malversación específica

Artículo 61.—El funcionario público que, excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra alguna de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 4º de esta Ley, será penado con prisión de uno a tres años, excepto en aquellos casos en los cuales el funcionario, a los fines de evitar la paralización de un servicio, obtuviere la autorización del gasto por parte del Presidente de la República en Consejo de Ministros, debiendo notificarse esta autorización a las Comisiones Permanentes de Finanzas del Congreso de la República o, en su defecto, a la Comisión Delegada.

Concusión

Artículo 62.—El funcionario público que, abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa, para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebidas, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la cosa dada o prometida.

Utilización ilegítima de información

Artículo 63.—El funcionario público que utilice con fines de lucro, para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio perseguido u obtenido. Con la misma pena será castigado quien diere u ofreciere los objetos que constituyan el lucro al cual se refiere este artículo.

Lucro de funcionarios

Artículo 64.—Fuera de aquellos casos expresamente tipificados, el funcionario público o cualquier persona que por sí misma o mediante persona interpuesta se procure ilegalmente alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública, será penado con prisión de uno a cinco años y multa de hasta el cincuenta por ciento de la utilidad procurada.

Corrupción

Artículo 65.—Cualquier funcionario público que por razón de sus funciones reciba, para sí mismo o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se le deban, a cuya promesa acepte, será penado con prisión de uno a cuatro años y multa de hasta el cincuenta por ciento de lo recibido o prometido. Con la misma pena será castigado quien diere o prometiére el dinero, retribuciones u otra utilidad indicados en este artículo.

Enriquecimiento ilícito

Artículo 66.—El funcionario público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación, sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas, será penado con prisión de tres a diez años.

Corrupción

Artículo 67.—Cualquier funcionario público que por hacer, retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio recibido o prometido.

Tráfico de influencias

La prisión será de cuatro a ocho años y la multa de hasta el sesenta por ciento, si la conducta ha tenido por efecto conferir empleos públicos, subsidios, pensiones u honores, o hacer que se convenga en contratos relacionados con la administración a la que pertenezca el funcionario, o favorecer o causar algún perjuicio o daño a alguna de las partes en procedimiento administrativo o juicio penal, civil o de cualquier otra naturaleza. Si el responsable de la conducta fuere un juez y de ello resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad, que exceda de seis meses, la pena de prisión será de cinco a diez años.

Con las mismas penas y en sus casos, será castigado quien diere o prometiére el dinero u otra utilidad indicados en este artículo.

Exacciones ilegales

Artículo 68.—Cualquier funcionario público que arbitrariamente exija o cobre algún impuesto o tasa indebidos, o que, aun siendo legales, emplee para su cobranza medios no autorizados por la Ley, será penado con prisión de un mes a un año y multa de hasta el veinte por ciento de lo cobrado o exigido.

Abuso de funcionarios

Artículo 69.—Cualquier funcionario público que con la finalidad de obtener algún provecho o utilidad y abusando de sus funciones, ordene o ejecute en daño de alguna persona un acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de Ley, será castigado con prisión de seis meses a dos años.

Concierto de funcionarios con contratistas

Artículo 70.—Cualquier funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato, concesión, licitación pública o privada, en la liquidación de haberes o efectos del patrimonio público o en el suministro de los mismos, se concierte con los interesados o intermediarios para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducentes a ese fin, será penado con prisión de dos a cinco años. Si el delito tuvo por objeto obtener dinero, dádivas o ganancias indebidas que se les dieran u ofrecieran a él o a un tercero, será penado con prisión de dos a seis años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio dado o prometido.

Con las mismas penas será castigado quien se acuerde con los funcionarios y quien diere o prometiére el dinero, ganancias o dádivas indebidos a que se refiere este artículo.

Artículo 71.—Serán penados:

Enriquecimiento por enajenación de bienes públicos

- 1) Con prisión de dos a diez años, el funcionario público o cualquier persona que haya obtenido ventaja económica o alguna ganancia en la adquisición, enajenación o gravamen de bienes o servicios en los que está interesada la administración pública, por pago de precios superiores o inferiores, según el caso, al valor real o al corriente en el mercado.

Aprovechamiento fraudulento de fondos públicos

- 2) Con prisión de dos a diez años, los representantes, administradores o principales de personas naturales o jurídicas que, por actos simulados o fraudulentos, se aprovechen o distraigan de cualquier forma, en beneficio propio o de terceros, el dinero, valores u otros bienes que sus administradas o representadas hubieren recibido de cualquier organismo público por concepto de crédito, aval o cualquier otra forma de contratación, siempre que resulte lesionado el Patrimonio Público.

Enriquecimiento con certificaciones falsas

- 3) Con prisión de dos a diez años, el funcionario público o cualquier persona que haya obtenido ventaja económica como consecuencia de declaraciones falsas acerca de la ejecución de edificaciones, construcciones, instalaciones u obras en general que hubieren contratado los organismos públicos, o sobre la cantidad, calidad u otra característica de bienes suministrados o recibidos por dichos organismos, sin perjuicio de la responsabilidad que competa al funcionario que formule las declaraciones o certificaciones falsas.

Apropiación ilegal de bienes públicos

- 4) Con prisión de uno a cinco años, al funcionario público o a cualquier persona a cuyo patrimonio aparezcan incorporados bienes o valores del Patrimonio Público, sin que para la respectiva incorporación se haya dado cumplimiento a las for-

malidades previstas en la Ley, o que, habiendo cumplido dichas formalidades, no se hubiere entregado previamente al Fisco Nacional, Estatal o Municipal, o a los entes que de ellos dependan, la contraprestación que se haya fijado o pactado.

Utilización ilegal de bienes públicos y obreros al servicio del Estado

- 5) Con prisión de uno a cinco años, al funcionario público o a cualquier persona que utilice en obras o servicios de índole particular, para fines contrarios a los previstos en las leyes, reglamentos, resoluciones u órdenes de servicio, a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales que por cualquier título estén afectados o destinados a un organismo público.

Cobro ilegítimo de utilidades en entes públicos

- 6) Con prisión de uno a cinco años, a los comisarios, administradores y directores o principales de personas jurídicas en que tenga interés algún organismo público que, a falta de balance legalmente aprobado, en disconformidad con el o con base a balances insinceros, declaren, cobren o paguen utilidades ficticias o que no deban distribuirse.

Tráfico de influencias

Artículo 72.—El funcionario público que en forma indebida, directamente o por interpuesta persona, con aprovechamiento de las funciones que ejerce o usando las influencias derivadas de las mismas, hubiere obtenido ventaja o beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con prisión de dos a cuatro años.

Igual pena se aplicará al funcionario público o a cualquier persona que, en beneficio propio o de otro, haga uso indebido de la influencia o ascendencia que pudiera tener sobre algún funcionario público para que éste ordene o ejecute algún acto propio de sus funciones, o para que lo omita, retarde o precipite o para que realice alguno que sea contrario al deber que ellas impongan. El funcionario que actúe bajo estas condiciones será castigado con igual pena, excepto si concurren las circunstancias previstas en el artículo 67 de esta Ley, caso en el cual se aplicará la sanción que en dicho artículo se indica.

Ocultamiento o falseamiento de documentos

Artículo 73.—Cualquier persona que maliciosamente falseare u ocul-

tare los datos contenidos o que deba contener su declaración jurada de patrimonio, será castigado con prisión de uno a seis meses y multa de diez mil a cincuenta mil bolívares.

Falsedad de certificados de salud

Artículo 74.—El médico o cualquier otro profesional de la salud que expida una certificación falsa, destinada a dar fe ante la autoridad o ante particulares, de enfermedades de personas amparadas por el Seguro Social Obligatorio, o extienda certificado de reposo o de reclusión en clínica, instituto hospitalario o local *ad-hoc* a persona sana, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena se castigará a quien forjare tales certificaciones o altere alguna regularmente expedida; a quien hiciere uso de ellas, o a quien diere o prometiére dinero u otra recompensa para obtenerlas.

Si el hecho se cometiere mediante recompensa para sí o para otro, la pena se aumentará en una tercera parte.

Expedición ilegal de permisos o licencias

Artículo 75.—El funcionario público que en forma gratuita o mediante recompensa o cualquier otra dádiva para sí o para otro, haya expedido indebidamente licencias, certificaciones, pasaportes, visas, permisos de residencia o cualquier otro documento destinado a hacerlos valer ante la autoridad o ante los particulares, será penado con prisión de uno a cinco años.

Con la misma pena serán castigados quienes hicieren uso de los documentos indebidamente expedidos.

Sustracción o destrucción de documentos

Artículo 76.—El funcionario público o cualquier persona que maliciosamente ocultare, inutilizare, alterare, retuviere o destruyere, total o parcialmente, un libro o cualquier otro documento que curse ante cualquier organismo público, será penado con prisión de tres a siete años.

Suposición de valimiento con funcionarios

Artículo 77.—La persona que alardeando de valimiento o de relaciones de importancia o influencia con cualquier funcionario público reciba o se haga prometer, para sí o para otro, dinero o cualquier otra utilidad, bien como estímulo o recompensa de su mediación, bien so pretexto de remunerar el logro de favores, será penado con prisión

de dos a siete años; y con prisión de seis meses a dos años, a quien dé o prometa el dinero o cualquier otra utilidad de las que se indican en este artículo, a menos que haya denunciado el hecho ante la autoridad competente antes de la iniciación del correspondiente proceso judicial.

Artículo 78.—Serán penados con prisión de tres meses a un año los funcionarios públicos que:

Enriquecimiento derivado del despilfarro

- 1) Por sí o por interpuesta persona se procuren alguna utilidad, ventaja o beneficio económico con ocasión de las faltas administrativas previstas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del artículo 41 de esta Ley.

Pagos fraudulentos

- 2) Ordenen pagos por obras o servicios no realizados o defectuosamente ejecutados.

Certificaciones falsas

- 3) Certifiquen terminaciones de obras o prestación de servicios inexistentes o de calidades o cantidades inferiores a las contratadas, sin dejar constancia de estos hechos.

Manejo ilegítimo de cuentas bancarias

Artículo 79.—El funcionario público que abra cuenta bancaria a su nombre o al de un tercero utilizando fondos públicos, aun sin ánimo de apropiárselos, o deposite dichos fondos en cuenta particular ya abierta, o aquel que deliberadamente se sobregire en las cuentas que en una o varias entidades bancarias mantenga el organismo o ente confiado a su manejo, administración o giro, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Denuncia falsa o maliciosa

Artículo 80.—Los particulares y funcionarios públicos que falsa o maliciosamente denunciaren o acusaren a una persona o funcionario de la comisión de alguno o algunos de los hechos punibles previstos en la presente Ley, serán castigados con pena de prisión de uno a tres años.

TÍTULO VII

Del Enjuiciamiento

CAPÍTULO I

De la Jurisdicción

Jurisdicción especial

Artículo 81.—Se crea la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, que ejercerán las funciones de juzgados de primera instancia en esta materia, conforme lo determine el Ejecutivo Nacional.

Tribunales Superiores de Salvaguarda. Competencia

Artículo 82.—Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, con sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio de la República, serán los competentes:

Primera Instancia

- 1) Para instruir, conocer y decidir en primera instancia los juicios que se sigan contra los Senadores y Diputados del Congreso de la República; los Ministros del Ejecutivo Nacional; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal General de la República; el Contralor General de la República; el Procurador General de la República; los Miembros del Consejo Supremo Electoral; los Miembros del Consejo de la Judicatura; los Gobernadores de Estado; los Jueces Superiores; los Jefes de Misiones Diplomáticas de Venezuela en el extranjero; Directores de Ministerios y Presidentes y Miembros de los Directorios de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, por los delitos previstos en esta Ley, aunque hayan incurrido en ellos durante el ejercicio de otro cargo, así fuere de jerarquía inferior.

Segunda Instancia

- 2) Para conocer y decidir las apelaciones y los recursos de hecho que se interpongan contra las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia.

Competencia temporal

Parágrafo Primero: La competencia de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público para conocer de los juicios a que se refiere el ordinal 1) de este artículo, subsiste aún después que el funcionario haya cesado en su cargo, siempre que el delito que se le impute hubiere sido cometido durante el ejercicio de sus funciones.

Exclusión del recurso de casación

Parágrafo Segundo: Las sentencias de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público no tendrán recurso de casación.

Integración de los Tribunales Superiores

Artículo 83.—Los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público estarán integrados por tres Jueces designados por la Corte Suprema de Justicia en pleno, y se organizarán y funcionarán en la forma establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Juzgados de Primera Instancia. Competencia

Artículo 84.—Los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, instruirán, conocerán y decidirán en primera instancia los juicios a que se refiere la presente Ley, con la excepción de aquellos previstos en el ordinal 1º del artículo 82 *ejusdem*.

Instrucción directa de los procesos

Artículo 85.—Tanto los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público como los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, serán instructores directos en los procesos cuyo conocimiento les compete, estándoles prohibido delegar esta función, salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y prácticas de medidas preventivas y de ejecución. En estos últimos casos, podrán librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro Juzgado de la República o del extranjero, según corresponda.

CAPÍTULO II

Del Procedimiento

Normas de procedimiento

Artículo 86.—En los juicios que se sigan por la comisión de los

delitos previstos en esta Ley y en aquellos para determinar la responsabilidad civil por hecho ilícito, los Tribunales se regirán por las disposiciones del presente Capítulo y, en su defecto, por el Código de Enjuiciamiento Criminal, con excepción de las disposiciones contenidas en el Libro III, Título III, Capítulo III, y en el artículo 3º, numeral 2) de dicho Código, los cuales no se aplicarán en ningún caso.

Antejuicio de mérito

Artículo 87.—El antejuicio de mérito previsto en el ordinal 2) del artículo 215 de la Constitución, se regirá por el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

No se requerirá el antejuicio de mérito cuando el enjuiciado haya cesado en el ejercicio del cargo o haya perdido la inmunidad.

Competencia por el territorio

Artículo 88.—Cuando no conste el lugar de la comisión del delito o cuando fuere cometido en el extranjero, será competente el Juzgado de Primera Instancia que ejerce jurisdicción sobre el territorio donde el agente desempeñó el último cargo o donde ejecutó el contrato, o donde cumplió la gestión o mandato, o donde tenga su domicilio o sede el organismo público o la empresa al cual prestó sus servicios.

Competencia subjetiva

Artículo 89.—Cuando aparecieren como agentes principales, cómplices o cooperadores alguno de los funcionarios públicos indicados en el artículo 82 y, simultáneamente, funcionarios públicos o particulares que deban ser enjuiciados por Tribunales de Primera Instancia, por infracciones previstas en la presente Ley, el conocimiento de la causa, respecto de todos ellos, corresponderá al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. Si se tratare de sujetos distintos a los indicados en el artículo 82, que concurrieren en la perpetración de hechos que deban ser juzgados por diferentes Tribunales de Primera Instancia, conocerá respecto de todos el que tenga competencia territorial en el lugar donde se hubiere cometido el hecho más grave. Si todos los hechos fueren de la misma entidad, será competente para conocer el Tribunal que primero se hubiere avocado.

Concurrencia de delitos

Artículo 90.—Cuando hubiere concurrencia de delitos, bastará que uno de ellos sea de los previstos en esta Ley para que la competencia

corresponda exclusivamente a los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Juicio en ausencia

Artículo 91.—La formación del sumario y la prosecución del juicio no se suspenderán por el hecho de que no se hubiere logrado la detención del indiciado o por su falta de comparecencia después de habersele citado. En estos casos, se le juzgará en ausencia, continuándose las averiguaciones hasta la conclusión del sumario y apertura del juicio plenario.

Se observará el mismo procedimiento en caso de fuga del detenido.

Defensor provisorio del indiciado ausente

Artículo 92.—Transcurridos diez días desde la fecha del auto de detención sin que se hubiere logrado la detención del indiciado, el tribunal le nombrará de oficio un defensor provisorio. El defensor provisorio del ausente podrá interponer todos los recursos que sean procedentes contra el auto de detención. A él se le harán las notificaciones que deberían hacerse a su defendido.

Parágrafo Unico: El lapso de apelación del auto de detención se contará a partir de la aceptación del defensor provisorio.

Terminación del Sumario en el juicio de ausencia

Artículo 93.—Si el indiciado no fuere detenido, el tribunal declarará terminado el sumario dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el auto de detención quede definitivamente firme, salvo que haya todavía diligencias por practicar.

Citación del indiciado ausente

Artículo 94.—Terminado el sumario, el tribunal ordenará citar al indiciado ausente por medio de un cartel que se publicará en un periódico local y en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* y se fijará a las puertas del tribunal y del edificio sede del Concejo Municipal de la jurisdicción, concediéndosele treinta días continuos, contados desde la publicación, para que comparezca. Transcurrido este lapso sin que haya comparecido personalmente, se le nombrará defensor definitivo y el juicio continuará su curso.

Artículo 95.—El Fiscal del Ministerio Público, en capítulo separado del escrito de cargos, propondrá la acción civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público, observándose al respecto los requisitos establecidos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil.

Intereses

Los intereses se causarán desde la fecha de la comisión del acto de enriquecimiento ilícito contra el Patrimonio Público o desde el inicio de dicho acto, si fuere de ejecución continuada, y se calcularán conforme a la tasa o rata que fije el Reglamento de la Ley, pero, en ningún caso, será inferior al doce por ciento anual.

Excepciones y defensas de fondo. Exclusión de articulaciones

Artículo 96.—En el mismo acto se opondrán todas las excepciones establecidas en los artículos 227 y 228 del Código de Enjuiciamiento Criminal y las indicadas en los artículos 248 y 257 del Código de Procedimiento Civil, conjuntamente con todas las defensas de fondo, en cuanto fueren procedentes; pero, en ningún caso, se abrirán articulaciones para decidir excepciones o cuestiones de previo pronunciamiento, pues todas quedarán pendientes para ser decididas en la definitiva. Las excepciones o cuestiones previas se contestarán por la parte a quien corresponda, en la misma audiencia en que fueren opuestas o en la siguiente.

Exclusión de la prejudicialidad administrativa

Artículo 97.—Ningún procedimiento administrativo o de cualquier otra naturaleza impedirá el ejercicio de la acción penal y de la civil que de ella se derive.

Apertura del lapso probatorio. Pruebas

Artículo 98.—El mismo día en que sean contestados los cargos o queden contestadas las excepciones dilatorias o de inadmisibilidad opuestas, se entenderá abierto, sin necesidad de decreto previo ni de notificación alguna, un lapso de treinta audiencias para promover y evacuar las pruebas que el Ministerio Público, el encausado o el juez consideren convenientes: experticias e inspecciones oculares, documentos públicos o privados, declaraciones de testigos, facultativos y peritos y demás medios de pruebas previstos en las leyes y códigos vigentes, así como también fotografías y grabaciones, a juicio del juez.

Lapso de pruebas

El lapso de pruebas aquí previsto se dividirá, de conformidad con lo que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil, en dos períodos precisos: el primero, para que durante él se promuevan las pruebas; y el segundo, para que se evacúen con toda diligencia, salvo las pruebas de testigos, informes de peritos y facultativos quienes rendirán sus declaraciones en los debates del juicio oral.

Juicio oral público

Artículo 99.—En la audiencia siguiente al vencimiento del término probatorio, el Tribunal con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público fijará el día y hora en que comenzará el juicio oral, el cual se regirá por las disposiciones relativas a los juicios correccionales establecidas en el Capítulo X del Título III que comprende los artículos 412-A y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Parágrafo Unico: Bajo ningún respecto las audiencias del juicio oral serán secretas.

Efectos de orden público

Artículo 100.—Se considera de orden público la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al Patrimonio Público, por quienes resultaren responsables de las infracciones previstas en esta Ley. A estos efectos, el tribunal practicará, aun de oficio, las diligencias conducentes a la determinación de la responsabilidad civil de quienes aparecieren como copartícipes en el delito. En la sentencia definitiva, el juez se pronunciará sobre la responsabilidad civil del o de los enjuiciados.

Si en el expediente no estuviere determinada la cuantía del daño, reparación, restitución o indemnización que corresponda, la sentencia ordenará proceder con arreglo a lo establecido en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

Apelaciones. Competencia

Artículo 101.—Contra las sentencias definitivas y contra las interlocutorias con fuerza de definitivas de los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, se oirá apelación en la forma siguiente:

1. De las decisiones que en primera instancia dicten los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2. De las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, para ante los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.

TÍTULO VIII

Disposiciones Finales

Prescripción de acciones

Artículo 102.—Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas de la presente Ley, prescribirán por cinco años, los cuales se contarán siguiendo las reglas establecidas en el Código Penal. Sin embargo, cuando el infractor fuere funcionario público, la prescripción comenzará a contarse desde la fecha de cesación en el cargo o función, y si se tratare de funcionarios que gocen de inmunidad, se contará a partir del momento en que ésta hubiere cesado o haya sido allanada.

Medidas de privación de la libertad. Cumplimiento efectivo

Artículo 103.—Las medidas de privación de la libertad contempladas en la presente Ley, serán de cumplimiento efectivo, aun las meramente preventivas y las que resultaren por conversión. En consecuencia, quienes resultaren enjuiciados por los delitos que en esta Ley se establecen y los que les fueren conexos, no disfrutarán del beneficio de libertad provisional o sea, bajo fianza de cárcel segura, establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal, ni de los previstos en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, ni de los contemplados en la Ley de Régimen Penitenciario que se refieran a libertad condicional o vigilada.

Penas accesorias

Artículo 104.—Sin perjuicio de las reparaciones, restituciones e indemnizaciones a que haya lugar, la aplicación de las penas principales de prisión y de prisión y multa, aparejan también la de pérdida de los instrumentos con los cuales se hubiere cometido el hecho punible y de los efectos que de él provengan; la inhabilitación política por el tiempo que dure la condena; el pago de las costas procesales y, una vez cesada la condena y por un tiempo igual al de ésta, la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas.

Artículo 105.—Al culpable de dos o más delitos, sea que merezcan pena de prisión o de prisión y multa, sea que los hubiere cometido con una o varias acciones, se le aplicará la pena mayor y acumulativamente la mitad del tiempo correspondiente a la pena del otro u otros delitos.

Conversión de la pena de multa en prisión. Costas procesales

Artículo 106.—Cuando, a juicio del tribunal competente en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, la pena de multa no pudiere ser satisfecha, se convertirá en pena de prisión a razón de un día de ésta por cada mil bolívares (Bs. 1.000,00) de multa. Igual regla se aplicará para el pago de las costas procesales.

En los casos referidos en el presente artículo, no se aplicarán las limitaciones que sobre conversión de las penas establece el título IV del Libro I del Código Penal.

Oficina Central de Personal. Formación de la nómina de personal

Artículo 107.—Los organismos sujetos a la presente Ley deberán remitir anualmente, dentro de los primeros ciento veinte días de cada año, la nómina de su personal a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República.

Los gastos por concepto de personal deben aparecer registrados detalladamente en dicha nómina, de conformidad con los lineamientos técnicos que determine la Oficina Central de Personal. La nómina deberá abarcar tanto a los funcionarios como al personal contratado.

Normas supletorias

Artículo 108.—Las disposiciones de los Códigos Penal, Civil, de Enjuiciamiento Criminal, y de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente en cuanto no colidan con la presente Ley.

Derogaciones del Código Penal y otras leyes

Artículo 109.—Se derogan la Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos del 7 de junio de 1912, la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos de fecha 30 de marzo de 1974, y los artículos 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 233, 236 y el ordinal 5º del artículo 466 del Código Penal.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Vigencia

Artículo 110.—La presente Ley entrará en vigencia el 1º de abril de 1983. Antes de dicha fecha se crearán el o los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, se designarán sus miembros y se determinarán los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que tendrán competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, todo de conformidad con lo previsto en los artículos 81 y 83 de esta Ley.

Transferencia de archivos de la CIEI

Artículo 111.—Los expedientes, archivos, documentos y bienes adscritos a la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos pasarán previo inventario, a la Contraloría General de la República.

Lapso transitorio para la declaración jurada

Artículo 112.—Las personas indicadas en el artículo 2º de esta Ley, deberán, dentro del plazo de sesenta días continuos, contados a partir de la fecha de su entrada en vigencia, presentar declaración jurada de patrimonio a la Contraloría General de la República, si no la hubieren consignado con anterioridad en la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos.

Obligaciones de la Contraloría General de la República

Artículo 113.—La Contraloría General de la República, antes del 1º de abril de 1983, establecerá los procedimientos y adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de las funciones que se le atribuyen.

Prestaciones sociales a funcionarios de la CIEI

Artículo 114.—Las prestaciones sociales e indemnizaciones que, de conformidad con la Ley de Carrera Administrativa, le corresponden a los funcionarios o empleados que, tanto en su sede central como en las delegaciones estatales, han venido prestando servicios en la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos, serán pagados por órgano del Ministerio de Justicia.

Artículo 115.—Los tribunales penales que para el momento de la entrada en vigencia de esta Ley estuvieren conociendo de juicios por la comisión de delitos contra la cosa pública, seguirán conociendo los que fueren de su competencia de acuerdo con esta ley; en caso contrario, los remitirán al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. De igual manera deberán proceder los tribunales civiles que estuvieren conociendo de juicios originados por la comisión de hechos ilícitos que hayan lesionado el Patrimonio Público.

Aplicación inmediata de normas de procedimiento

Artículo 116.—Los procesos por delito contra la cosa pública actualmente en curso en los tribunales, se seguirán tramitando conforme a lo dispuesto en las leyes y códigos vigentes para el momento de la iniciación del juicio, con excepción de las normas de procedimiento establecidas en la presente ley, las cuales se aplicarán desde su vigencia; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo, de conformidad con la ley de procedimiento vigente para la fecha en que dichas pruebas fueron promovidas.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los dos días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos. Año 172° de la Independencia y 123° de la Federación.

El Presidente,
(L. S.)

GODOFREDO GONZALEZ.

El Vicepresidente,

ARMANDO SANCHEZ BUENO.

Los Secretarios,
Héctor Carpio Castillo.

José Rafael García.

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los dieciocho días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos. Año 172° de la Independencia y 123° de la Federación.

Cúmplase,
(L. S.)

LUIS HERRERA CAMPINS.

Refrendado.
El Ministro de Relaciones Interiores,
(L. S.)

LUCIANO VALERO.

Refrendado.
El Ministro de Relaciones Exteriores,
(L. S.)

JOSE ALBERTO ZAMBRANO VELASCO.

Refrendado.
El Ministro de Hacienda,
(L. S.)

ARTURO SOSA, hijo.

Refrendado.
El Ministro de la Defensa,
(L. S.)

VICENTE NARVAEZ CHURION.

Refrendado.
El Ministro de Fomento,
(L. S.)

JOSE ENRIQUE PORRAS OMAÑA.

Refrendado.
El Ministro de Educación,
(L. S.)

FELIPE MONTILLA.

Refrendado.
El Ministro de Sanidad y Asistencia Social,
(L. S.)

LUIS JOSE GONZALEZ HERRERA.

Refrendado.
El Ministro de Agricultura y Cría,
(L. S.)

NYDIA VILLEGAS DE RODRIGUEZ.

Refrendado.
El Ministro del Trabajo,
(L. S.)

RANGEL QUINTERO CASTAÑEDA.

Refrendado.
El Ministro de Transporte y Comunicaciones,
(L. S.)

VINICIO CARRERA ARISMENDI.

Refrendado.
El Ministro de Justicia,
(L. S.)

REINALDO CHALBAUD ZERPA.

Refrendado.
El Ministro de Energía y Minas Encargado,
(L. S.)

JOSE IGNACIO MORENO LEON.

Refrendado.
El Ministro del Ambiente y de los Recursos
Naturales Renovables,
(L. S.)

CARLOS FEBRES POBEDA.

Refrendado.
El Ministro del Desarrollo Urbano,
(L. S.)

MARIA CRISTINA MALDONADO DE CAMPOS.

Refrendado.
El Ministro de Información y Turismo,
(L. S.)

GUIDO DIAZ PEÑA.

Refrendado.
El Ministro de la Juventud,
(L. S.)

GUILLERMO YEPES BOSCAN.

Refrendado.
El Ministro de la Secretaría de la Presidencia,
(L. S.)

GONZALO GARCIA BUSTILLOS.

Refrendado.
El Ministro de Estado,
(L. S.)

HERMANN LUIS SORIANO.

Refrendado.
El Ministro de Estado,
(L. S.)

LUIS PASTORI.

Refrendado.
El Ministro de Estado,
(L. S.)

LUIS ALBERTO MACHADO.

Refrendado.
El Ministro de Estado,
(L. S.)

MERCEDES PULIDO DE BRICEÑO.

Refrendado.
El Ministro de Estado,
(L. S.)

LEONOR MIRABAL MANRIQUE.

VIII
SUMARIO

PRESENTACIÓN	7
CONTENIDO GENERAL.....	9

I. ASPECTOS GENERALES Y POLITICOS

LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, GONZÁLO PÉREZ LUCIANI.....	15
I. Conferencia y Polémica.....	15
II. Crisis del Poder Legislativo.....	16
A. Consideraciones generales	16
B. Consideraciones especiales referidas a Venezuela.....	16
III. Los antecedentes de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público... ..	19
A. Las actuaciones de la Junta Revolucionaria de Gobierno.....	19
B. La primera "Ley contra el enriquecimiento de funcionarios o empleados públicos".....	21
C. La evolución posterior de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos.....	23
IV. La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público y el Desbordamiento Constitucional.....	25
A. La Contraloría General de la República y su intervención en los procedimientos para la salvaguarda del patrimonio público..	25
B. La Contraloría General de la República y su actividad en materia de responsabilidad administrativa.....	29
C. La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público y la situación de los funcionarios públicos y empleados de empresas del Estado.	31
COSTOS Y BENEFICIOS POLITICOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, HUMBERTO NJAIM.....	35
Objetivo del trabajo.....	35
Una objeción preliminar.....	36
Un supuesto fundamental.....	36
La cuestión de legitimidad.....	38

	<u>Pág.</u>
El clientelismo.....	40
El dilema del prisionero y la selección adversa.....	43
Costos relacionados con el funcionariado público.....	47
Costos en cuanto a nuevas tensiones en el sistema estatal.....	51
Costos de aplicación judicial.....	52
Costos en cuanto al sistema de partidos.....	58
Conclusión.....	58
Apéndice.....	61
COMENTARIOS AL SEMINARIO SOBRE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO. VALIDACION Y ULTERIORES DESARROLLOS DE "COSTOS Y BENEFICIOS POLITICOS DE LA LOSPP", HUMBERTO NJAIM.....	63
1. Introducción.....	63
2. La posición de la Contraloría.....	64
2 1. Posición general.....	64
2.2. Relaciones con el Ejecutivo.....	64
2 3. La Contraloría y los funcionarios.....	66
3. El sistema de probabilidades condicionales.....	66
4. Ayuda al decisor.....	70
4.1. El proceso de formación de la decisión.....	71
4.2. La decisión en sí misma y su taxonomía.....	78
4.3. Irradiaciones de la decisión y programas complementarios.....	81
5. Conclusión.....	82
Apéndice.....	83
LA LEY ORGANICA COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCION, DIEGO BAUTISTA URBANEJA.....	89
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, GUSTAVO URDANETA TROCONIS.....	101
I. <i>Caracter Penal, y no Administrativo, de una Ley destinada a la Administración Pública</i>	102
II. <i>La noción de Funcionario Público</i>	104
1. Categoría prevista en el numeral 1: los funcionarios "propriadamente dichos".....	106
2. Categoría prevista en el numeral 2: los funcionarios "por ficción legal".....	110
3. Categoría prevista en el numeral 3: ¿noción "residual" de funcionario?.....	112

	<u>Pág.</u>
III. <i>La noción de Patrimonio Público</i>	115
1. Definición legal de patrimonio público.....	116
2. Carácter expansivo de la definición legal.....	117
IV. <i>La noción de Responsabilidad Administrativa</i>	119

II. AMBITO DE APLICACION DE LA LEY

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, JOSÉ MÉLICH ORSINI.....	125
1. Aclaratorias terminológicas.....	125
2. Entes públicos <i>stricto sensu</i>	126
a) El necesario ejercicio de una función pública.....	126
b) Extensión de estas normas más allá del ámbito de funciones públicas <i>stricto sensu</i>	126
c) Límites de aplicación del ordinal 1º del artículo 2º de la ley.....	129
d) Situación de quienes prestan servicios por contratos que no invisten de una función pública.....	130
3. La situación de las llamadas "empresas del Estado".....	131
a) Porcentaje de fondos públicos que confieren esta connotación.....	132
b) Corolarios de la nueva redacción.....	134
c) Incongruencias del legislador en esta materia.....	135
d) Posibles vicios de inconstitucionalidad.....	138
e) Sobre el concepto de directores y administradores.....	140
4. Situación de los particulares ante la ley.....	142
a) La designación de directores de entidades netamente privadas, por entes públicos.....	142
b) Contratistas de obras, suministros o servicios en favor de las entidades antes indicadas sub 2 y sub 3.....	143
c) Situación especial de estos contratistas cuando ellos sean sociedades en cuyo capital participen funcionarios.....	143
d) Los particulares como potenciales sujetos activos de los delitos e infracciones tipificados en esta ley.....	143

LOS SUJETOS PASIVOS DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA.....	145
1. El ámbito de la ley.....	145
1.1. Las personas sometidas a la ley.....	147
1.2. Los perfiles del patrimonio público.....	150
2. Obligaciones, responsabilidades, delitos y sanciones, en relación a los sujetos pasivos de la ley.....	153
2.1. Obligaciones.....	153

	<u>Pág.</u>
2.2. Responsabilidades y delitos....	158
2.2.1. Responsabilidad administrativa y civil.....	158
2.2.2. Delitos.....	160
2.3. Sanciones.....	161
LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, JUAN GARRIDO ROVIRA.	163
I. <i>El Elemento Patrimonio Público y las Empresas del Estado</i>	164
II. <i>Relación del Elemento Funcionario Público con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	167
III. <i>Los Ilícitos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	172
EL REGIMEN JURIDICO DE LAS FUNDACIONES Y LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, ALLAN R. BREWER-CARÍAS.	179
I. <i>Introducción</i>	180
II. <i>Las Diversas Categorías de Fundaciones</i>	182
1. Las fundaciones privadas (dirigidas por particulares).....	183
2. Las Fundaciones del Estado (constituidas y dirigidas por entes estatales).....	185
III. <i>El Control del Estado sobre las Fundaciones</i>	186
1. El control sobre las fundaciones privadas....	187
A. El régimen general del Código Civil.....	187
B. El control sobre las fundaciones privadas subvencionadas por el Estado.....	188
a. Los subsidios como técnica de fomento....	188
b. El control presupuestario de los subsidios.....	189
c. El control de los subsidios por la Contraloría General de la República.....	191
C. El control sobre las fundaciones privadas en cuya constitución inicial hayan participado, como fundadores, entes estatales..	192
D. El control sobre las fundaciones privadas de cuya gestión puedan derivarse compromisos financieros para los entes estatales.....	192
2. El control sobre las fundaciones del Estado.....	193
3. Las fundaciones y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.....	195
IV. <i>El Patrimonio Público y las Fundaciones en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	196
1. El patrimonio público y las personas jurídicas de derecho público estatales.....	196

	<i>Pág.</i>
A. Las personas de derecho público territoriales y el patrimonio público.....	196
B. Las personas de derecho público no territoriales y el patrimonio público.....	197
2. El patrimonio público y las personas de derecho privado estatales con forma societaria.....	197
A. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de primer grado y el patrimonio público.....	198
B. Las sociedades civiles y mercantiles del Estado de segundo grado y el patrimonio público.....	198
3. El patrimonio público y las fundaciones.....	198
A. Las fundaciones del Estado y el patrimonio público.....	199
B. Las fundaciones de cuya gestión pudieran derivarse compromisos financieros para los entes estatales y el patrimonio público.....	200
4. Conclusión: el patrimonio público y las fundaciones....	200
V. <i>El Ambito Subjetivo de la Ley Orgánica y los Directores y Administradores de algunas Fundaciones.....</i>	201
1. Los funcionarios o empleados públicos y las personas jurídicas de derecho público estatales.....	201
A. Funcionarios de la República.....	202
a. Funcionarios al servicio del Poder Legislativo.....	202
b. Funcionarios al servicio del Poder Judicial.....	202
c. Funcionarios de la Administración Central Nacional...	202
d. Funcionarios de la Administración con autonomía funcional.....	203
B. Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional Estatal.....	203
C. Funcionarios de los Estados.....	203
D. Funcionarios de las Municipalidades.....	204
2. Los funcionarios y empleados públicos y las personas jurídicas de derecho privado estatales y no estatales.....	204
A. La noción de directores y administradores.....	204
B. La distinción entre personas jurídicas estatales y no estatales de carácter societario.....	205
C. Las personas jurídicas de derecho privado donde presten servicios los directores y administradores considerados como funcionarios o empleados públicos.....	206
a. Los aportes en las sociedades civiles y mercantiles del Estado.....	207
b. Los aportes en las fundaciones.....	207
c. Los aportes y las participaciones.....	207

D. Las personas jurídicas de derecho privado no estatales donde presten servicios directores, considerados como funcionarios o empleados públicos.....	209
3. Conclusión: los funcionarios o empleados públicos y las fundaciones.....	209
VI. <i>Conclusiones Generales</i>	210

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO ANTE LA ADMINISTRACION, ELOY LARES-MARTÍNEZ.....	217
---	-----

EL ILICITO ADMINISTRATIVO EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA.....	229
---	-----

1. Consideraciones generales.....	229
2. El ilícito administrativo.....	232
3. Procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios.....	236
4. Conclusiones.....	239

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ.....	241
---	-----

PRIMERA PARTE

I. <i>Introducción</i>	242
1. Características generales.....	242
2. Oportunidad histórica en la que la ley es dictada.....	243
3. Previsiones positivas sobre su eficacia.....	243
4. Previsiones en contra.....	243
II. <i>Enfoque general del Problema de la Responsabilidad Administrativa y de la Responsabilidad Disciplinaria</i>	244
5. Concepto de responsabilidad.....	244
a. Valor semántico.....	244
b. Sentido popular.....	245
c. Elementos que la califican.....	245
6. Responsabilidad jurídica.....	245
a. Sanción en el sentido amplio.....	245
b. Deber.....	246

	Pág.
7. Independencia y acumulación de responsabilidad.....	247
8. Responsabilidad no jurídica.....	247
9. Tipos de responsabilidad en la Constitución vigente derivados del ejercicio del Poder Público.....	248
10. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal.....	248
11. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivadas del hecho ilícito.....	248
12. La pena.....	249
13. Violación de la norma administrativa.....	250
III. <i>Naturaleza de la Sanción Administrativa</i>	251
a. Criterio cuantitativo.....	251
b. Criterio cualitativo.....	251
c. Tesis de James Goldschmidt.....	252
d. Tesis de Zanobini.....	253
IV. <i>Problemática del Derecho Disciplinario. Su Ubicación en la Sistemática Jurídica</i>	225
14. Determinación de su origen en el Derecho Canónico.....	255
15. Origen en el Derecho Civil.....	256
16. Origen del Derecho Administrativo.....	257
V. <i>La Responsabilidad Administrativa</i>	258
17. Notas específicas.....	258
18. Responsabilidad disciplinaria.....	259
19. Pena disciplinaria y pena criminal.....	260
20. Potestad disciplinaria.....	261
21. Nuevo enfoque del derecho sancionador de la Administración y de la responsabilidad administrativa.....	261
SEGUNDA PARTE	
VI. <i>La Responsabilidad Administrativa en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	264
22. Responsabilidad administrativa y disciplinaria.....	264
23. Origen de la responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda.....	266
a. Faltas establecidas en la Ley de Salvaguarda.....	268
a. I. Supuestos relativos a la violación de reglas de buena administración.....	268
a. II. Faltas relativas a la declaración de bienes.....	270
24. Criterios para determinar la existencia de los supuestos constitutivos de la falta.....	270
25. La responsabilidad administrativa en el régimen de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la nueva ley	271
26. El problema del cúmulo de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad disciplinaria.....	274
27. La discrecionalidad de la Contraloría General de la República en la determinación de la responsabilidad administrativa.....	275

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y OTRAS LEYES FISCALES, GILBERTO MEJÍAS.	279
1. Otros supuestos jurídicos de responsabilidad administrativa....	282
2. Sujetos pasibles de responsabilidad administrativa.....	284
3. Necesaria aplicación de multas en caso de responsabilidad administrativa.....	285
4. Carácter no secreto de las averiguaciones administrativas para otros sujetos distintos del investigado.....	286
5. Sanción de destitución para el funcionario revelador de información secreta en el proceso investigativo, sea o no sumariador o participante en el procesamiento.....	287
6. Publicación en la Gaceta Oficial del resultado de la averiguación administrativa.....	288
7. Participación de la Fiscalía General de la República en la sanción derivada en la responsabilidad administrativa. Recurso pertinente ante la decisión que dicte la Administración respectiva.....	288
8. Amplitud del concepto de tipicidad en materia de responsabilidad administrativa.....	289
9. No prejudicialidad....	290
10. Valor de las actuaciones de la Contraloría General de la República	291
11. Prescripción de la acción administrativa.....	292
12. Breves consideraciones acerca del procedimiento investigativo ideados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Consideraciones previas al punto. Aspectos adjetivos y sustantivos relacionados con la responsabilidad administrativa. Consideración ética.....	293
I. <i>Consideraciones previas</i>	293
II. <i>Procedimiento investigativo</i>	295
III. <i>Aspectos adjetivos y sustantivos relacionados con la averiguación administrativa</i>	299
IV. <i>Consideración ética</i>	302
LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y LA LEY ORGANICA, GABRIEL RUAN.....	303
LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, ALLAN R. BREWER-CARÍAS.....	309
I. <i>Introducción</i>	311

II.	<i>La Regulación legal de la Responsabilidad Administrativa y las Vicisitudes de la Ley Orgánica.....</i>	316
1.	Característica general de la responsabilidad de los funcionarios públicos: las consecuencias.....	316
2.	La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos.....	319
3.	La regulación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y devuelta al Congreso por el Presidente de la República.....	320
	A. Los casos de responsabilidad administrativa sin sanción....	321
	B. Los casos de responsabilidad administrativa con sanción....	322
	C. Los casos de responsabilidad administrativa, con sanciones, por ilícitos administrativos derivados de la propia ley....	323
4.	La determinación de la responsabilidad administrativa en la Ley sancionada en julio de 1982 y sus consecuencias....	324
5.	Los supuestos de responsabilidad administrativa y los ilícitos penales.....	328
III.	<i>Los Sujetos de la Responsabilidad Administrativa.....</i>	329
1.	Las personas que ejerzan funciones públicas.....	329
	A. Funcionarios al servicio del Poder Legislativo.....	330
	B. Funcionarios al servicio del Poder Judicial.....	330
	C. Funcionarios de la Administración Central Nacional.....	330
	D. Funcionarios de la Administración Descentralizada Nacional Estatal.....	331
	E. Funcionarios de las Administraciones con autonomía funcional	331
	F. Funcionarios de las Administraciones estatales.....	331
	G. Funcionarios de las Administraciones municipales.....	332
2.	Los altos directivos de las entidades descentralizadas con forma de derecho privado.....	332
3.	Los particulares en los casos previstos en la ley.....	334
IV.	<i>Los Supuestos de la Responsabilidad Administrativa y sus Sanciones Administrativas.....</i>	335
1.	Los supuestos específicos.....	335
	A. La violación de deberes de sana administración.....	336
	a. El endeudamiento no autorizado.....	336
	b. El manejo ilegítimo de cuentas bancarias.....	337
	c. El sobregiro bancario.....	338
	d. La disposición o uso indebidos o ilegales de fondos o bienes públicos.....	338
	e. La expedición de certificados indebidos de inasistencia al trabajo.....	339

f.	El ocultamiento o acaparamiento de formularios administrativos.....	340
g.	El despilfarro.....	340
a'.	La realización de gastos innecesarios.....	340
b'.	La realización de gastos a precios superiores al mercado.....	341
c'.	Las faltas de mantenimiento de bienes.....	342
h.	La negligencia en las defensas jurídicas.....	342
B.	La violación de deberes derivados de la aplicación de la ley.....	342
a.	Violación de la obligación de declarar el patrimonio..	343
a'.	La responsabilidad administrativa de los funcionarios o empleados públicos.....	343
b'.	La responsabilidad administrativa de otras personas particulares.....	343
b.	Violación de la obligación de presentar declaración sincera.....	344
c.	Violación de la obligación de presentar documentos de comprobación de la declaración jurada.....	344
d.	La obstrucción de diligencias en las investigaciones...	345
e.	Violación de la obligación de retener pagos.....	345
2.	Supuesto general subsidiario.....	347
A.	La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad disciplinaria.....	347
B.	La aplicabilidad del supuesto general y los casos de responsabilidad administrativa sancionados en otras leyes.....	348
C.	La aplicabilidad del supuesto general y los casos de ilícitos penales previstos en la LOSPP.....	350
3.	La concurrencia de ilícitos administrativos y la adición de las sanciones administrativas.....	351
4.	La conversión de las multas administrativas en arresto.....	351
V.	<i>La Determinación de la Responsabilidad Administrativa</i>	353
1.	La competencia de la Contraloría General de la República.....	353
2.	El procedimiento administrativo.....	354
A.	Iniciación del procedimiento: acto de apertura.....	355
B.	El expediente.....	355
C.	La sustanciación del procedimiento.....	356
a.	La obtención de pruebas documentales.....	356
b.	La prueba testimonial.....	357
a'.	La citación.....	357
b'.	La obligación de comparecer.....	357
c.	Valor de las pruebas.....	358
D.	La audiencia del interesado.....	358
E.	Carácter secreto.....	359

	<i>Pág.</i>
3. La decisión.....	360
A. Contenido de la decisión.....	360
B. Requisitos de la decisión: la comprobación de los hechos..	361
C. La apreciación de los hechos: discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados.....	363
a. El poder discrecional en la aplicación de las sanciones.	364
a'. Límites a la discrecionalidad.....	365
a''. La proporcionalidad.....	365
b''. La adecuación a la situación de hecho....	365
c''. La finalidad.....	366
d''. La formalidad.....	366
e''. La igualdad.....	366
b'. Criterios legales para la aplicación de las sanciones	367
b. La calificación de los hechos y los conceptos jurídicos indeterminados.....	368
D. Formalidades de la decisión.....	370
a. La motivación de la decisión.....	370
b. La exteriorización del acto.....	371
E. Consecuencias de la decisión: la responsabilidad disciplinaria	373
a. La violación de deberes disciplinarios como consecuen- cia de la responsabilidad administrativa....	374
a'. La violación del deber de velar por los intereses de la Administración.....	374
b'. La violación del deber de velar por el patrimonio del Estado.....	375
b. Oportunidad y autoridad competente, para aplicar la sanción disciplinaria.....	376
c. Las sanciones disciplinarias y su impugnación.....	377
LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONA- RIOS PUBLICOS, ELOÍSA AVELLANEDA SIXTO y ALEXIS PINTO D'ÁSCOLI.....	379
<i>Introducción</i>	380
I. <i>La Responsabilidad de los Funcionarios</i>	381
1. La responsabilidad del Estado y la responsabilidad personal de los funcionarios.....	381
2. La consagración de la responsabilidad de los funcionarios en nues- tra legislación.....	397
A. Constitución.....	397
B. Ley de Carrera Administrativa.....	400
C. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.....	401
D. Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.....	403

	<u>Pág.</u>
II. <i>La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios</i>	408
1. Características generales de la responsabilidad administrativa y responsabilidad penal.....	408
2. La responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria	413
III. <i>Las Sanciones en la Ley de Carrera Administrativa</i>	419
1. Sanciones previstas en la Ley de Carrera Administrativa.....	420
1. Amonestación verbal.....	421
a. Concepto.....	421
b. Causales.....	421
c. Procedimiento.....	422
2. Amonestación escrita.....	423
a. Concepto.....	423
b. Causales.....	423
c. Procedimiento.....	424
3. La suspensión del cargo.....	425
a. Concepto.....	425
b. Causales.....	425
c. Procedimiento	431
4. La destitución.....	432
a. Concepto.....	432
b. Causales.....	433
c. Procedimiento	442
2. Impugnación de las sanciones disciplinarias.....	443
IV. <i>Las Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República</i>	446
1. Las averiguaciones administrativas.....	446
A. Naturaleza jurídica.....	446
a. Disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.....	446
b. Disposiciones de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.....	449
B. Diferencia entre las averiguaciones administrativas y los reparos a las cuentas de los funcionarios.....	450
C. El procedimiento de las averiguaciones administrativas.....	452
2. El auto de responsabilidad administrativa	456
A. Naturaleza del auto de responsabilidad administrativa.....	456
B. Sujetos pasivos del auto de responsabilidad administrativa.	458
C. Efectos del auto de responsabilidad administrativa.....	460
a. Sanción administrativa.....	460
b. Sanción disciplinaria.....	461
c. Responsabilidad penal.....	463
d. Responsabilidad civil.....	463

V. <i>Los Ilícitos Administrativos Contemplados en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	464
1. Supuestos específicos.....	464
A. Violación de deberes de sana administración.....	464
B. Violación de deberes derivados de la aplicación de la ley..	468
2. Supuesto general.....	470
<i>Conclusiones</i>	471
<i>Bibliografía Consultada</i>	473

IV. ASPECTOS PENALES Y CRIMINOLOGICOS

LOS DELITOS CONTRA LA COSA PUBLICA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ.....	477
1. La nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Antecedentes de la Ley. Objetivos. Su orientación general en materia penal. Disposiciones anticonstitucionales.....	478
2. Las Disposiciones derogadas del Código Penal. La nueva regulación del peculado, concusión, corrupción de funcionarios, abuso de funciones y suposición de valimiento con los funcionarios públicos. Las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos.....	481
A. El delito de peculado.....	482
B. Concusión.....	484
C. La corrupción de funcionarios.....	485
D. El abuso de funciones y su nueva tipificación.....	486
E. El lucro de funcionarios y su nueva tipificación como obtención ilegal de utilidad en actos de la Administración Pública	487
F. La suposición de valimiento con los funcionarios públicos. La sanción a la víctima.....	488
G. Otras disposiciones del Código Penal modificadas: las certificaciones médicas falsas y la ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción de documentos.....	488
3. Referencia general a los nuevos delitos.....	490
4. Otros aspectos penales de la Ley de Salvaguarda. El principio de culpabilidad. El Régimen de penas, concurso de delitos, prescripción. Exclusión de los beneficios.....	491
A. El principio de culpabilidad. Dolo y culpa. Casos de responsabilidad objetiva.....	491
B. El régimen de penas de la nueva ley. No procedencia de la libertad bajo fianza, sometimiento a juicio, ni suspensión condicional de la pena.....	492
C. Concurso de delitos. Prescripción.....	493

ASPECTOS CRIMINOLOGICOS EN LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, TOSCA HERNÁNDEZ.....	497
---	-----

LOS NUEVOS TIPOS DELICTIVOS EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, CARLOS BELLO.	501
---	-----

V. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

LAS ATRIBUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN MATERIA DE DECLARACION JURADA DE PATRIMONIO Y DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO, SEGUN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, FREDDY J. ORLANDO S.....	507
---	-----

I. <i>Introducción</i>	507
II. <i>De la Declaración Jurada de Patrimonio</i>	509
1. Concepto.....	509
2. ¿Quiénes están obligados a presentarla?.....	509
3. ¿Quiénes están exceptuados de presentar la declaración jurada de patrimonio?.....	512
4. Aspectos formales de la declaración jurada de patrimonio.....	512
5. Tiempo y lugar de presentación.....	515
6. El análisis de la declaración jurada de patrimonio por parte de la Contraloría General.....	516
7. Sanciones relacionadas con la declaración jurada de patrimonio..	519
III. <i>El Procedimiento ante el Organismo Contralor en materia de Enriquecimiento Ilícito</i>	520
IV. <i>Conclusiones</i>	523

LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO Y LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, ENRIQUE SÁNCHEZ FALCÓN.....	525
---	-----

I. <i>Introducción</i>	526
II. <i>Competencias de la Contraloría General de la República en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	527
1. Competencias relativas al control de las declaraciones juradas de patrimonio....	527
2. Competencias relativas a la determinación de indicios de responsabilidad penal y civil....	533
3. Competencias relativas a la determinación y sanción de responsabilidades administrativas.....	537
III. <i>Relación entre los Procedimientos Previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y los establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República</i>	540

1.	La Contraloría General de la República y los distintos procedimientos previstos en la Ley de Salvaguarda.....	541
2.	La declaratoria de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias.....	543
3.	La Ley de Salvaguarda y los reparos de la Contraloría General de la República.....	546
IV.	<i>Fortalecimiento de las potestades de la Contraloría General de la República por virtud de la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.....</i>	548
1.	Fortalecimiento de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República.....	548
2.	Fortalecimiento de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.....	551
V.	<i>Conclusiones.....</i>	551
LOS RECURSOS CONTRA EL AUTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA, MANUEL RACHADELL.....		
	<i>Introducción.....</i>	553
	<i>Introducción.....</i>	554
I.	<i>La Declaratoria de Responsabilidad Administrativa como acto administrativo.....</i>	555
A.	Antecedentes.....	555
B.	La responsabilidad administrativa como forma autónoma de responsabilidad.....	556
C.	Evolución de los efectos del auto de responsabilidad administrativa.....	557
a)	Primera etapa: un auto sin efectos jurídicos.....	557
b)	Segunda etapa: un auto con efectos jurídicos en discusión..	559
c)	Tercera etapa: los efectos actuales del auto de responsabilidad administrativa.....	560
i)	Efecto directo: La sanción de multa.....	560
ii)	Efecto desencadenante: la responsabilidad disciplinaria, civil y penal.....	561
iii)	Efecto de sanción social: la publicación del auto de responsabilidad administrativa.....	562
D.	Las normas que rigen el procedimiento constitutivo del auto de responsabilidad administrativa.....	564
II.	<i>Los Recursos Administrativos contra la declaratoria de Responsabilidad Administrativa.....</i>	565
A.	El órgano que produce el acto.....	565
B.	Las normas que regulan los recursos administrativos.....	566
a)	Problema de la ley preferente en la regulación de los recursos administrativos... ..	567
b)	Regulación del recurso de reconsideración.....	569
c)	Regulación del recurso jerárquico.....	571

	<u>Pág.</u>
d) Regulación del recurso de revisión.....	572
e) Normas comunes para los diferentes recursos administrativos	573
f) La fundamentación de los recursos.....	574
III. <i>Los Recursos Contencioso-Administrativos contra la declaratoria de Responsabilidad Administrativa..</i>	575
A. Diferentes clases de recursos en vía jurisdiccional.....	575
B. Tribunal competente para conocer del recurso.....	577
IV. <i>Aspectos comunes a los Recursos Administrativos y Contencioso-Administrativos.....</i>	578
A. Problemas relacionados con la ejecución de las sanciones administrativas y la suspensión de los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa....	579
a) La ejecución de las sanciones disciplinarias derivadas del auto de responsabilidad administrativa.....	579
b) La ejecución de la sanción de multa derivada del auto de responsabilidad administrativa....	580
c) El principio <i>solve et repete</i> y la sanción de multa	582
B. Problemas relativos a la ausencia de tipicidad y a las facultades discrecionales de la Contraloría.....	583
a) Ausencia de tipicidad en el ilícito administrativo.....	583
b) Otras facultades discrecionales de la Contraloría.....	586
c) Los límites a los poderes discrecionales de la Contraloría..	588
C. Problemas relativos al control de la necesidad del gasto y al control de precios.....	589
a) El control de la necesidad del gasto.....	589
b) El control de los precios.....	591

VI. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.....	597
1. Consideraciones Generales.....	597
1.1. Importancia y repercusiones de la aprobación de la ley. La concepción del Derecho como "factor social" a lo largo de la LOSPP..	598
2. Algunos comentarios en torno a la parte sustantiva de la ley.....	600
2.1. El artículo 66 de la ley. Uso del término "Posesión de Bienes". Visos de inconstitucionalidad.....	600
2.2. El artículo 69 de la ley. "El abuso genérico de autoridad". Su derogatoria y el inconveniente de esa eliminación.....	604

3. Parte adjetiva en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.....	605
3.1. El artículo 81 y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público".....	605
3.2. La instrucción en la LOSPP.....	607
3.2.1. La instrucción directa y el principio de intermediación procesal....	608
3.2.2. Paralelismo en la instrucción y sus posibles consecuencias.....	609
3.3. El juicio en ausencia.....	610
3.4. De la obligatoriedad del juicio oral.....	610
3.5. La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada.....	611
3.6. El nombramiento de los Jueces Superiores de Salvaguarda.....	611
3.7. Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la ley.....	612
<i>Conclusiones</i>	614

EL ENJUICIAMIENTO EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, ESTEBAN AGUDO FREYTES.... 617

I. <i>De la Jurisdicción</i>	617
II. <i>Del Procedimiento</i>	625
Opinión.....	646
<i>Disposición Final</i>	649

LA JURISDICCION Y EL PROCESO ORAL EN LA LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, FARAT SALIM A..... 651

I. <i>La Corrupción y los Antecedentes Legislativos</i>	651
1. El problema de la corrupción.....	651
2. El problema de la legislación.....	656
3. La legislación venezolana en materia de corrupción administrativa a partir de 1945.....	658
A. Decretos del gobierno <i>de facto</i>	658
B. La ley sancionada en el estado de derecho.....	663
4. Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos.....	664
A. La Comisión Investigadora en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito.....	666
B. Los procedimientos regulados en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito.....	668
a) La especialidad en el procedimiento civil.....	668
b) La especialidad en el procedimiento penal.....	670
C. Magros resultados de la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito	672
II. <i>Comentarios a la Jurisdicción y al Juicio Oral de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público</i>	675
1. La formación, el objeto de los comentarios y visión panorámica de la Ley.....	675

	<u>Pág.</u>
A. La formación de la Ley	675
B. El tema de esta sección.....	677
C. Visión panorámica de la Ley.....	678
2. La "Jurisdicción especial" creada por la Ley.....	680
3. La objeción de inconstitucionalidad.....	684
4. El texto legal, aproximación a la idea de jurisdicción.....	688
A. El texto de la ley.....	688
B. Aproximación a la idea de jurisdicción.....	691
5. Independencia de la jurisdicción.....	693
6. El nuevo procedimiento.....	697
7. Importancia de la oralidad en el proceso penal.....	700
8. Los otros principios anexos a la oralidad.....	705
9. Discusión teórica y práctica acerca de la doble o única instancia en el proceso.....	719
10. Observaciones a la oralidad receptada en la ley.....	712
<i>Advertencia bibliográfica</i>	716

VII. APENDICE

TEXTO DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRI- MONIO PUBLICO.....	725
--	-----

IMPRESO EN MARZO DE 1985
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA

