

Revista de Derecho Funcionario

ISSN: 2610-7880

Número 26

Enero - Abril 2019

Homenaje a Jesús Caballero Ortiz



Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL**

Número 26
Enero – Abril 2019

Caracas, 2020

© **REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL**
Número 26. Enero – Abril 2019

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) o el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

ISSN: 2610-7880 (edición digital)
P.P.: MI2018000567

Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Av. Tamanaco, Urb. El Rosal, Edificio Impres, Caracas, Venezuela. Teléfono: +58 (212) 953 1995. Correo electrónico: funeda@gmail.com. Sitio web: www.funeda.net

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Av. Santos Erminy, Urb. Las Delicias, Edificio Park Side, Caracas, Venezuela. Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve. Sitio web: www.cidep.com.ve

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Publicación cuatrimestral

Director

Manuel Rojas Pérez

Subdirector

Gabriel Sira Santana

Comité de Redacción

Rosibel Grisanti

José Ignacio Hernández G.

Jorge Kiriakidis

Iván Paredes Calderón

Antonio Silva Aranguren

José Gregorio Silva Bocaney

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Jesús Caballero Ortiz

Belén Ramírez Landaeta

Armando Rodríguez García

Jorge Luis Suárez

Gustavo Urdaneta Troconis

Daniela Urosa Maggi

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

1. La Revista de Derecho Funcionarial es una edición arbitrada de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo y el Centro para la Integración y el Derecho Público, de circulación cuatrimestral, que tiene como finalidad la publicación de estudios, compilaciones e información relevante en materia de Derecho Funcionarial, entendiéndose como tal aquella rama del derecho público que estudia científicamente la relación entre la Administración Pública y los servidores públicos que prestan servicios profesionales para ella. Como tal, los trabajos que en la Revista de Derecho Funcionarial se publiquen versarán sobre ese tema, o sobre aquellos que tengan relación.
2. La Revista contará con un director y un subdirector. Asimismo contará con un Comité de Redacción y un Comité Asesor. El director coordinará la edición y publicación de la revista. El subdirector apoyará al director en dicha coordinación. El Comité de Redacción fungirá como órgano arbitral y decidirá qué trabajos serán publicados, luego de revisar los mismos basándose para ello en criterios académicos. El director y el subdirector formarán parte del Comité de Redacción y del proceso de arbitraje de los trabajos a publicar. El Comité Asesor hará las recomendaciones que el Comité de Redacción o el Director soliciten.
3. Los trabajos a publicarse en la Revista de Derecho Funcionarial deberán cumplir con los siguientes requisitos: letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5, citas a pies de página, resumen y palabras claves en español e inglés. El autor podrá colocar una pequeña síntesis curricular a pie de página luego de su nombre.
4. Los interesados en colaborar con sus estudios para la Revista de Derecho Funcionarial podrán mandar sus trabajos vía electrónica, con las consideraciones señaladas, al correo: rdf@funeda.net.
5. La Revista se reserva el derecho de publicar los artículos que sean considerados para tal fin por el Comité de Redacción, sin que exista obligación de responder sobre la negativa a publicarlo.

ÍNDICE

EN HOMENAJE AL PROFESOR JESÚS CABALLERO ORTIZ, <i>Manuel Rojas Pérez</i>	7
FUNCIÓN PÚBLICA, BUROCRACIA Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, <i>Manuel Rojas Pérez</i>	15
1. Organización administrativa y la juridicidad pública de la función pública	17
2. La burocracia	18
3. Esquemas organizativos y cargos públicos	20
4. La organización de la función pública en la legislación venezolana	23
Nota final	29
EL NEPOTISMO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, <i>Gabriel Sira Santana</i>	31
1. El caso de los funcionarios de carrera	33
2. El caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción	37
3. Una regulación necesaria	40
LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS BÁSICAS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, <i>Alonso Macías Luís</i>	47
1. Breve consideraciones sobre los derechos humanos en la Constitución de la República y su relación con el ejercicio de la función pública	48
2. Contexto previo a la promulgación de las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos	51
3. Las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos	59
4. La responsabilidad disciplinaria en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial	64

5. El incumplimiento de las Normas Básicas de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos como causal de destitución	69
Conclusiones	73
CONTROL PREVENTIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA: MODALIDAD SOFT DE CONTROL PREVIO OTRORA INCONSTITUCIONAL, <i>María Lidia Álvarez Chamosa</i>	77
1. Control previo y control posterior	78
2. Control preventivo equivale a control previo	86
3. A modo de reflexión: el control preventivo como modalidad <i>soft</i> de control previo	90
COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA. ENERO – ABRIL 2019, <i>Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales</i>	93
NORMATIVA. ENERO – ABRIL 2019	105

EN HOMENAJE AL PROFESOR JESÚS CABALLERO ORTIZ

Manuel Rojas Pérez
Director de la Revista de Derecho Funcionarioal

La función pública es una de las áreas más importantes de todo el derecho público en general y del derecho administrativo en particular, ya que regula las relaciones y situaciones jurídicas de los funcionarios públicos, quienes son, al final del día, los que llevan a cabo la actividad del Estado.

Sin embargo, y a pesar de su importancia, no son demasiados los autores patrios que han dedicado sus líneas de investigación al derecho de la función pública, o derecho funcionarioal. Uno de esos doctrinarios venezolanos que sí consagró su carrera académica al estudio del régimen jurídico de los funcionarios públicos es el profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ.

En Venezuela, hablar del profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ es hablar de derecho funcionarioal, ya que en su haber tiene una serie de renombrados libros y artículos académicos que son referencia obligada a todos los que estudiamos y trabajamos el área de la función pública.

El profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ, nacido en Caracas en 1940, se graduó en 1965 como abogado en la *Casa que vence la Sombra*, su querida Universidad Central de Venezuela, es doctor en Derecho Comparado por la Universidad de Estrasburgo y doctor en derecho administrativo por la Universidad Paris II.

Desde siempre, JESÚS CABALLERO ORTIZ sintió inclinación por la academia, y deja importantísimo legado en la docencia: profesor investigador a tiempo completo por concurso de oposición en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela desde el 15-02-1977; ascenso a profesor asistente a partir del 26-02-1986 en la Universidad Central de Venezuela, con trabajo presentado titulado “Los Institutos Autónomos”, que ganó el Premio Luis Sanojo; ascenso a profesor agregado a partir del 18-11-1991 en la Universidad Central de Venezuela, con el trabajo titulado “Contencioso de plena jurisdicción y demandas contra los entes públicos”, que obtuvo mención honorífica conferida por el Jurado Examinador; ascenso a profesor asociado a partir de mayo de 1998 en la Universidad Central de Venezuela,

con trabajo titulado “Las Leyes Orgánicas”, y nuevamente mención honorífica conferida por el Jurado Examinador; ascenso a profesor titular a partir del 15-12-2006 en la Universidad Central de Venezuela con el trabajo “El Derecho del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público”, que nuevamente obtuvo mención honorífica conferida por el Jurado Examinador; profesor de Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, desde 1977; profesor del Seminario “Régimen Jurídico-Administrativo de las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano” en la Escuela de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en 1979; profesor del Seminario “El Funcionario Público y la Legislación Laboral” y de la asignatura “Las empresas públicas” en los cursos de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela desde 1981; profesor de Derecho Administrativo en la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación; profesor en los cursos de post-grado en Derecho Administrativo en diversas asignaturas en la Universidad Católica Andrés Bello; profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y profesor de la asignatura “Ley del Estatuto de la Función Pública” en los cursos de especialización en Derecho del Trabajo (2006-2007).

Tal hoja de vida docente necesariamente tuvo que venir acompañada de un importante legado bibliográfico. Y el profesor CABALLERO ORTIZ se destacó como autor de libros y artículos, entre los que se hallan: “Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano”, Colección Estudios Jurídicos N° 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982 (premio anual a la Investigación otorgado por la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela en 1981); “Los Institutos Autónomos”, publicación conmemorativa del décimo aniversario del Fondo de Inversiones de Venezuela, Caracas, 1984, 334 pp., mención honorífica otorgada por el CONICIT y premio Luis Sanojo otorgado por la Fundación Rojas Astudillo, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal; “Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos”, Colección Estudios Jurídicos N° 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, 165 pp.; “Incidencias del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público”, Colección Estudios Jurídicos N° 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, 119 pp. (Mención Honorífica otorgada por la Academia de Ciencias

Políticas y Sociales); “Régimen Jurídico del Poder Judicial”, Caracas, 1995, auspiciado por el Consejo de la Judicatura; “Las Leyes Orgánicas”, Caracas, 1999 (Mención Honorífica otorgada por el Jurado Examinador para el ascenso a Profesor Asociado); “El Derecho del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público”, Caracas, 2006 (trabajo presentado a los fines del ascenso a profesor titular).

Además de los libros que ha publicado el profesor CABALLERO ORTIZ, su aporte en libros y revistas jurídicas especializadas ha sido notable. En ese sentido, ha escrito artículos tales como: “La participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas públicas” en Revista de Control Fiscal N° 94, 1979, pp. 39-60; “Comentarios a la Ley del Instituto Nacional de Canalizaciones y al cambio de política en relación a la forma de las entidades descentralizadas” en Revista de Derecho Público N° 1, 1980, pp. 83-89; “La organización de grupos de empresas públicas” en Boletín de la Academia de Ciencias políticas y Sociales N° 82-83, 1980-1981, pp. 189-198; “La noción de empresa pública y de empresa del Estado en el Derecho Venezolano” en Revista de Derecho Público N° 2, 1980, pp. 23-35; “El Control ejercido por la Contraloría General de la República sobre las Empresas Públicas” en Revista de Control Fiscal N° 97, 1980, pp. 121-138; “Desarrollo del Sector Empresarial Público en Venezuela” en Revista de Control Fiscal N° 101, 1981, pp. 67-105; “La descentralización funcional” en Revista de Derecho Público N° 8, pp. 5-25; “El funcionario Público y la Legislación Laboral” en Libro de Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet, publicado por la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, Tomo I, pp. 77-115; “Antecedentes Históricos de las Empresas Públicas en Venezuela” en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 84, 1981, pp. 79-89; “Comentarios sobre el criterio de distinción de los organismos previstos en el Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Descentralizada” en Revista de Control Fiscal N° 105, 1982, pp. 161-167; “El Recurso Jerárquico Impropio en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en Archivo de Derecho Público y Ciencias en la Administración, publicación del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, vol. IV, Caracas, 1983, pp. 159-177; “Proceso evolutivo de creación y extinción de los institutos autónomos” en Revista de Derecho Público N° 14, 1983, pp. 116-148; “Régimen Jurídico de los bienes de los institutos autónomos” en Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez, publicado por la Universidad Central de Vene-

zuela, Caracas, 1984, Tomo I, pp. 658-668; conjuntamente con Allan R. Brewer Carías, “Naturaleza Jurídica del Centro Simón Bolívar, C.A. Especial referencia a los miembros de la Junta Directiva” en Revista de Derecho Público N° 17, 1984, pp. 68-78; conjuntamente con Allan R. Brewer Carías, “La reforma del régimen de la Administración Descentralizada. Exposición de Motivos y Proyecto de la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada” en Estudios de Derecho Público, Tomo II, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1984, pp. 397-460; “La Administración Descentralizada. Coordinación y Control” en Revista de Control Fiscal N° 118, 1985, pp. 33-44; “Situación de los empleados contratados al servicio de la Administración Pública Nacional” en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 65, Caracas, 1986, pp. 46-68; “Sector Público y Jurisdicción Laboral” en Estudios Laborales. Libro de Homenaje al Profesor Rafael Alfonso Guzmán. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 215-222; “Los Empleados Contratados por la Administración Pública” en Revista de Derecho Público N° 27, 1986, pp. 5-23; “La Administración Descentralizada” en Jornadas para un mejor conocimiento de la Administración Pública. Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas, 1987, pp. 97-109; “Creación de Institutos Autónomos Municipales” en Revista de Derecho Público N° 39, 1988, p. 39; “Los Entes Descentralizados del Municipio” en Libro Homenaje al Doctor José Muci Abraham, Ediciones Jurídicas Venezolanas, Caracas, 1994, pp. 237-275; “Posibilidad de Creación de Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica” en Otros dictámenes y estudios especiales. Doctrina de la Procuraduría General de la República, 1984, Caracas, pp. 165-166; “El Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela”, Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre Consejo de la Judicatura celebrado en México, D.F. en septiembre de 1995 y publicada en el libro Coloquio Internacional sobre el Consejo de la Judicatura editado por el Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 1995; “La posible influencia colombiana en nuestro Derecho Procesal Administrativo” en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Caracas, 1995, pp. 471-475; “La actividad administrativa de servicio público” en Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 359-366; “La relación jurídico administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados” en Revista de Derecho Administrativo N° 6, 1999, pp. 7-22; “Algunas consideraciones

sobre la distinción entre actos administrativos generales y actos administrativos individuales (con especial referencia a la Constitución de 1999)” en Revista de Derecho Administrativo N° 7, pp. 7-15; “Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos” en Régimen Legal de las Concesiones Públicas, Caracas, 2000, pp. 47-63; “La eficacia de los actos administrativos” en Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia N° 2 Caracas, 2001, pp. 17-44; “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999” en Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, (Estudios de Derecho Administrativo), Caracas, 2001, Tomo I, pp. 139-156; “El control político sobre la Administración Pública en la Constitución de 1999” en Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Tomo I, Caracas, UCV, 2001, pp. 87-100; “Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y España y su recepción en la Constitución de 1999” en Libro Homenaje a Humberto J. La Roche (Estudios de Derecho Público), Caracas, 2001, pp. 255-270; “Aproximación histórica al régimen de las jubilaciones de los funcionarios públicos en Venezuela” en Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia N° 4, Caracas, 2002, pp. 297-316; “Bases Constitucionales del Derecho de la Función Pública” en Revista de Derecho Constitucional N° 5, Caracas, 2002, pp. 21-47; “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, Libro Homenaje a Allan R. Brewer-Carías, Madrid, 2003, Tomo II, pp. 1765-1778; “El fin del funcionario contratado” en Libro Homenaje a Jesús Leopoldo Sánchez, Instituto de Derecho Público de la UCV, Caracas, 2003, pp. 55 a 63; “Experiencias de Gobierno y Administración del Poder Judicial en Venezuela”, ponencia presentada en las Jornadas Colombo-venezolanas celebradas en Bogotá en junio de 2004, a ser publicada en una obra colectiva; “Una concepción amplia del contrato administrativo es contradictoria con las prerrogativas de la Administración” en Ensayos de Derecho Administrativo, Homenaje a Nectario Andrade Labarca, Colección Libros Homenaje N° 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 209-246; “El fuero sindical en el régimen funcional docente” en Libro Homenaje al Padre José del Rey Fajardo S.J., Tomo II, Caracas, 2005, pp. 1233-1241; “El funcionario público y el Derecho del Trabajo. ¿Qué relevancia tiene en la actualidad el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo?” en El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del siglo XXI, Libro Homenaje al Manual de Derecho Administra-

tivo de Eloy Lares Martínez, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 191-207; “El contencioso administrativo funcional” en Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia N° 20, Caracas, 2006, pp. 13- 34; “¿La referencia constitucional al trabajador es extensible a la noción de funcionario público?” en Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas Laborales, Decisiones Judiciales y Estudios, Serie Normativa N° 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2006, pp. 263-291; “Los contratados al servicio de la Administración Pública. El nuevo marco constitucional y su desarrollo legal”, en Libro Homenaje al Profesor Dr. Alfredo Arismendi A., Caracas, 2008, pp. 919-948; “Algunas consideraciones sobre la descentralización funcional en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública”, Revista de Derecho Público N° 115, 2008, pp. 169 y ss.; “La nueva Ley Orgánica del Trabajo y su influencia en el régimen de la función pública” en Revista de Derecho Funcionario N° 6, 2012, pp. 15-26; “La nueva Ley Orgánica del Trabajo y la autonomía del Derecho de la Función Pública” en Revista de Derecho Público N° 131, 2012, pp. 89 y ss.; y “Puede replantearse la aplicación del lapso de prescripción laboral para el cobro de prestaciones sociales de los funcionarios públicos” en Revista de Derecho Funcionario N° 10, 2013, pp. 13-31.

Podemos ver que la profusa actividad académica del profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ, ha estado dedicada con mucho énfasis en los temas de la organización administrativa y muy especialmente, al régimen jurídico de los funcionarios públicos, que se suma a una intensa vida profesional dedicada a prestar sus servicios como funcionario activo o asesor en la Administración Pública. Estamos hablando de alguien que comenzó como auxiliar de investigación de la Procuraduría General de la República en 1961, y que luego fue primero abogado y luego consultor jurídico del Ministerio de Comunicaciones; sustituto del Procurador General de la República; miembro del Consejo de Asesoría Jurídica de la Administración Pública; Consultor Jurídico de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela; Consultor Jurídico del Fondo de Inversiones de Venezuela; miembro de la Junta Directiva de la Compañía Anónima Venezolana de Navegación; miembro de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL); asesor jurídico contratado del SENIAT, de los municipios Baruta y El Hatillo del Estado Miranda, lo que se suma a una carrera judicial extraordinaria donde fue magistrado y presiden-

te de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y magistrado del Consejo de la Judicatura.

Es aquí donde el profesor CABALLERO ORTIZ merece el mayor de los reconocimientos y agradecimientos de parte de todos los que nos dedicamos de una u otra manera al derecho funcionario. Y, por iniciativa de la doctora BELÉN RAMÍREZ LANDAETA, presidenta de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo y el profesor ANTONIO SILVA ARANGUREN, Director Ejecutivo del Centro para la Integración y el Derecho Público, hemos dedicado este número de la Revista de Derecho Funcionario a homenajear al profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ y a su importantísima obra jurídica.

En uno de sus artículos sobre el tema funcionario, “Bases constitucionales del derecho de la Función Pública”, publicado en la Revista de Derecho Constitucional N° 5, concluye, refiriéndose a la entonces recién sancionada Ley del Estatuto de la Función Pública: “Mientras los funcionarios no tomen conciencia de sus responsabilidades, y mientras no exista una verdadera voluntad del Estado de considerarlos como auténticos profesionales de la función pública, el Estatuto será, simplemente, letra muerta” (Editorial Sherwood, p. 46).

Resulta que esta conclusión del profesor CABALLERO ORTIZ resume el objetivo de la Revista de Derecho Funcionario: servir de instrumento para los funcionarios públicos (no solo los que estudien el derecho funcionario) para que conozcan no solo sus derechos, sino también sus deberes, que sepan realmente en qué consiste la Función Pública como categoría constitucional para el buen desempeño de la actividad pública, y también como herramienta para aquellos que tengan capacidad de acción y decisión política para lograr lo que el Estado venezolano requiere: una Función Pública profesional, capacitada, objetiva y transparente, donde el clientelismo y el proselitismo político se mantengan alejados.

Hacemos votos para que esta idea del profesor JESÚS CABALLERO ORTIZ sea una realidad en un futuro no lejano en Venezuela, y tratamos de aportar nuestro grano de arena a través de esta Revista.

FUNCIÓN PÚBLICA, BUROCRACIA Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA^α

Manuel Rojas Pérez*

Resumen: El artículo repasa algunos de los conceptos base del régimen funcional como la burocracia y los manuales descriptivos de cargos, sirviéndose para ello de ejemplos prácticos y las decisiones del Poder Judicial.

Palabras clave: Función pública; Organización administrativa; Jurisprudencia.

Summary: The paper reviews some of the basic concepts of the p such as bureaucracy and the descriptive manuals of positions, using practical examples and the decisions of the Judicial Power.

Key words: Public office; Administrative organization; Jurisprudence.

Sumario: 1. Organización administrativa y la juridicidad pública de la función pública. 2. La burocracia. 3. Esquemas organizativos y cargos públicos. 4. La organización de la función pública en la legislación venezolana. Nota final.

La Administración Pública, y su régimen organizativo, no es una abstracta creación jurídica que trabaja sola, por su cuenta. Esta necesita que un grupo de personas, ciudadanos, sean los que presten la actividad administrativa. Esto es, que cumplan la función pública¹.

^α Esta monografía fue inicialmente publicada bajo el título “Organización administrativa y función pública” en el Libro Homenaje al profesor Gonzalo Pérez Luciani que publicó la Fundación Estudios de Derecho Administrativo y la Fundación Bancaribe. Hoy presentamos esta versión, actualizada, con comentarios a decisiones judiciales recientes, pero sigue siendo nuestro homenaje al inmenso legado del profesor Pérez Luciani, de quien tanto aprendí en sus inolvidables clases de Teoría de la Actividad Administrativa en la Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

* Director de la Revista de Derecho Funcionario. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela.

¹ “El elemento personal del órgano administrativo incluye a las personas físicas a quienes se les asigna la tarea de formar y manifestar la voluntad de la entidad, que también pueden denominarse órganos en un sentido personal, y que generalmente se denominan funcionarios, y personas físicas que llevan a cabo un actividad al servicio de la entidad, sin formar o manifestar la voluntad”. Guido Landi y Giuseppe Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 1971, p. 422.

Para hablar de organización administrativa es necesario referirnos de Administración Pública, lo que implica distinguir entre las dos vertientes de este concepto: la Administración como persona jurídica pública y la administración como actividad administrativa.

Entonces, la Administración Pública es una persona jurídica pública y, a la vez, una actividad, es decir, existe una naturaleza multifuncional de la Administración Pública.

El profesor GONZALO PÉREZ LUCIANI, al clasificar las distintas actividades administrativas, destacó la existencia de la *actividad organizativa*, señalando la presencia de *actos administrativos organizatorios*, que serían "...los cumplidos por la Administración relativos a la creación de cargos o empleos públicos, la provisión de tales cargos mediante la designación de nombramiento de funcionarios, el ascenso de estos, el retiro o suspensión del cargo; la dotación de bienes muebles o inmuebles requeridos por las distintas dependencias de la Administración y la conservación de los mismos"².

Así, la actividad administrativa da cuerpo a la organización administrativa, pero esta a su vez es necesaria para poder llevar a cabo las actividades administrativas. Es decir, hay una clara conexión entre ambos supuestos.

Pero, al analizar el funcionamiento de la actividad administrativa se comprueba un segundo elemento: la organización administrativa se basa, fundamentalmente, en la creación de cargos públicos y el nombramiento de personas en el ejercicio de estos para que puedan desempeñar la actividad administrativa.

Al final, a la Administración la determinará la persona que ejerce el cargo y de él depende el correcto funcionamiento de la organización administrativa.

Luego, el régimen de la función pública, entendido como la relación jurídica que existe entre el Estado y sus funcionarios, constituida por el conjunto de derechos, obligaciones y situaciones que le vinculan, determinada por el régimen jurídico especial aplicable al personal administrativo que presta sus servicios profesionales en los entes y órganos públicos, mucho

² Gonzalo Pérez Luciani, "Funciones del Estado y actividades de la Administración", *Revista de Derecho Público*, N° 13 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, p. 27.

más allá de determinar los derechos económicos, deberes y responsabilidades de los empleados públicos, que lo hace, logra organizar a la Administración mediante cargos, con competencias específicas, diferenciadas una de la otra para evitar confusiones pero basadas a su vez en el principio de colaboración administrativa.

En términos más llanos: la organización administrativa se basa necesariamente en la función pública.

1. Organización administrativa y la juridicidad pública de la función pública

La organización administrativa como institución jurídica no fue estudiada hasta que los juristas italianos demostraron científicamente su juridicidad. Así lo señaló GIANNINI, quien destacó que, durante mucho tiempo, hasta bien entrado el siglo XX, “[e]staba muy difundida hasta hace algún tiempo la opinión de que la organización constituyese un *quid* jurídicamente irrelevante”³.

Es VITTORIO EMANUELE ORLANDO quien señala que toda la organización es, en esencia, objeto de derecho y SANTI ROMANO logra llegar a la categórica conclusión que el ordenamiento jurídico no se compone solo de normas sino de sujetos y organización.

Si hemos dicho que la organización administrativa es, en esencia, función pública, esta se rige por normas jurídicas. Y si la organización administrativa es derecho administrativo, luego, la función pública también lo es, para mala noticia a los laboristas.

El derecho administrativo rige la relación jurídica entre el servidor público y la organización administrativa a la cual presta sus servicios profesionales. Que estos reciban un salario, que es un concepto del derecho laboral, es apenas un detalle particular frente a una regulación del derecho público, esencialmente, por estar frente a un concepto propio de este: el interés general. El empleado público no se debe a un patrono concreto, sino a toda una colectividad, y tiene una responsabilidad que supera con creces, por su carácter público, la relevancia del régimen laboral.

³ Massimo Severo Giannini, *Derecho Administrativo*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 117.

No es importante –dice BEATRICE SANSÓ⁴– sino que la persona preste servicios para la Administración Pública y cumpla en consecuencia un destino público remunerado para que sea catalogada de funcionario público, ya que para la Constitución el concepto de funcionario público es orgánico y no sustantivo, cosa que es impensable en el derecho laboral.

Ese interés público, además, sirve de justificación para que la Administración Pública fije unilateralmente el estatuto funcional y, además, los esquemas organizativos de la Administración Pública, donde se crean los distintos tipos de cargos y su posición jerárquica en esta.

2. La burocracia

La burocracia es una forma de organización humana que se basa en la racionalidad, en la adecuación de los medios a los objetivos pretendidos, con el fin de garantizar la máxima eficiencia en la búsqueda de esos objetivos.

La palabra burocracia, ha tenido en el léxico común un cierto carácter despectivo; se dice que deriva de una combinación un tanto vaga de raíces grecolatinas y francesas⁵. El término latino *burrus*, usado para indicar un color oscuro y triste, habría dado origen a la palabra francesa *bure*, utilizada para designar un tipo de tela puesta sobre las mesas de oficinas públicas. De ahí derivaría la palabra *bureau*, primero para definir los escritorios cubiertos con dicho paño, y posteriormente para designar a toda la oficina⁶. A un ministro francés del siglo XVIII, JEAN-CLAUDE MARIE VICENT DE GOURNAY, se le atribuye la acuñación de la voz *bureaucratie* para referir, en un sentido más bien sarcástico, a la totalidad de las oficinas públicas.

Sin embargo, a los efectos técnicos y organizativos, la palabra *burocracia*, derivada de *bureaucratie*, lleva implícitos dos componentes lingüísticos: *bureau*: oficina y *cratos*: poder. Por lo tanto, la voz apela a la idea del ejercicio del poder a través del escritorio de las oficinas públicas.

⁴ Beatrice Sansó de Ramírez, “La organización administrativa y la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública”, *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó*, tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2003, p. 41.

⁵ Michel Crozier, “La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública”, *Revista Reforma y Democracia*, N° 7, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, 1997.

⁶ Carlos Moya, *Burocracia y sociedad industrial*, Editorial Edicusa, Madrid, 1972, p. 21.

DE PEDRO afirma que el concepto de burocracia en un sentido profesional aparece con la caída de la Revolución Francesa y el nacimiento de la Administración Pública como la conocemos hoy día⁷.

El término burocracia al decir de otros autores, fue creado por MAX WEBER en su libro “La política como vocación” quien lo hizo derivar del alemán *büro*, que también significa *oficina*. En este sentido, para WEBER, una burocracia es una gran organización que opera y funciona con fundamentos racionales.

Basándose en el estudio de los sistemas de administración pública europeos continentales de su época, para WEBER la burocracia tiene una connotación positiva, en que es un sistema más racional que las alternativas anteriores, sistemas de administración que basan la autoridad en las tradiciones o el carisma. WEBER señalaba que:

La experiencia tiende a demostrar universalmente que el tipo de Organización administrativa puramente burocrático, es decir, la variedad monocrática de burocracia es, desde un punto de vista técnico, capaz de lograr el grado más alto de eficiencia, y en este sentido es el medio formal más racional que se conoce para lograr un control efectivo sobre los seres humanos. Es superior a cualquiera otra forma en cuanto a precisión, estabilidad, disciplina y operabilidad. Por tanto, hace posible un alto grado en el cálculo de resultados para los dirigentes de la Organización y para quienes tienen relación con ella. Finalmente, es superior tanto en eficiencia como en el alcance de sus operaciones, y es formalmente capaz de realizar cualquier tipo de tareas administrativas⁸.

Así, la burocracia viene a ser la organización eficiente por excelencia. Para lograr esa eficiencia, la burocracia necesita describir anticipadamente y con detalles la manera que deberán hacerse las cosas. Deberá planificarse y presupuestarse.

La burocracia tiene las siguientes características: (i) carácter legal de las normas y reglamentos; (ii) carácter formal de las comunicaciones; (iii) carácter racional y división del trabajo; (iv) impersonalidad en las relaciones; (v) jerarquía de autoridad; (vi) rutinas y procedimientos estandarizados; (vii) competencia técnica y meritocrática; (viii) especialización de la administración, independientemente de los propietarios; (ix) profesionalización de los participantes y; (x) completa previsión del funcionamiento.

A pesar del carácter negativo que el ciudadano común da al término burocracia, este en un sentido exacto implica utilizar los principios de una or-

⁷ Antonio De Pedro Fernández, *Derecho de la Función Pública. La experiencia venezolana*, Vadell hermanos editores, Valencia, 2004, p. 25.

⁸ Citado por Landi y Potenza, Ob. cit., p. 423.

ganización para cumplir fines concretos. La burocracia pública viene a plantear la necesidad de instituir en la organización administrativa el establecimiento de elementos para cumplir fines de interés general.

3. Esquemas organizativos y cargos públicos

Ya decíamos que PÉREZ LUCIANI logró verificar la conexión entre la organización administrativa y la función pública. Es decir, la creación de un cargo para que lo detente un funcionario público va amarrado a todo un sistema organizativo que es la organización administrativa.

BIELSA recuerda que la función pública debe ser examinada no sólo en el ordenamiento jurídico general, y en concreto en el derecho constitucional y administrativo sino también de la ciencia de la administración "...que concierne a eficiencia, organización, economía y moralidad"⁹.

Y según la ciencia de la administración, todo ente posee un esquema organizativo¹⁰ en el cual se determinan los bienes necesarios (locales, escritorios, maquinarias...) y las personas necesarias (secretarías, abogados, recepcionistas, archivistas, directivos...). Sobre este esquema organizativo es que se calcula el costo financiero de la instalación y mantenimiento¹¹.

Así, el Estado, con base en sistemas de organización, determina la creación de una institución pública, le confiere una serie de competencias y atribuciones, y dentro de ella genera un esquema donde crea los cargos necesarios y los bienes que necesita cada persona que detente ese cargo para cumplir su función pública. Pero, además, planifica la cantidad de recursos económicos que se necesitan para que cada uno de esos cargos funcione.

RAMÍREZ RAMOS señala en este sentido: "[l]os estudios de administración, en el sentido más amplio, demuestran que el personal que realiza las actividades necesarias para el logro de los objetivos son recursos en los que es necesario invertir para sacar el mayor potencial posible. Solo así se puede agregar valor a la economía, producir riquezas en la forma de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de los ciudadanos"¹².

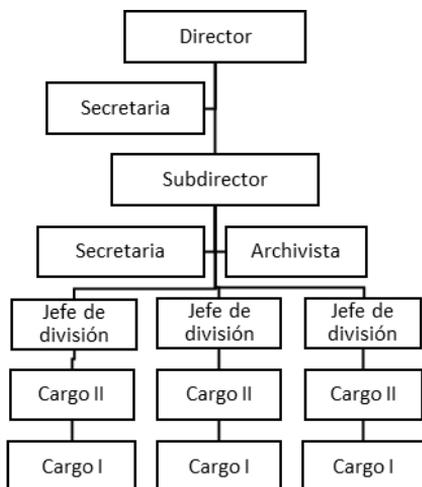
⁹ Rafael Bielsa, *Función Pública*, Editorial Astur, Córdoba, 1966, p. 14.

¹⁰ Manuel Arenilla Sáez y David Delgado Ramos, "Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, N° 16, Euskal Aldizkaria, Oviedo, 2018, p. 36.

¹¹ Así lo afirmó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 478 del 10-05-2018, en *Revista de Derecho Funcionario*, N° 24, p. 75.

¹² Francisco Ramírez Ramos, "La función pública y el principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos", *Revista de Derecho Funcionario*, N° 23, p. 9.

Luego, cuando el Estado decide crear una oficina administrativa porque razones de interés general así lo exigen, esta hace un esquema donde organiza la cantidad de cargos que esa institución tendrá: un director, un subdirector, tres jefes de división, funcionarios por cada jefatura de división, dos secretarías, un archivista. Y el Estado lo hace con una visión organizativa y, por tanto, jerárquica, donde cada persona está subordinada a otra hasta llegar al director:



Se tiene entonces que el Estado, en aras de su actividad organizativa, crea los cargos, establece las formas para la provisión de tales cargos mediante la designación de funcionarios públicos, establece la forma de ascenso de estos en la carrera administrativa y el retiro o la suspensión de estos.

En este mismo esquema organizativo, el Estado tiene la obligación de planificar con qué recursos van a contar cada uno de esos cargos, con base a las necesidades. Supongamos que nuestra institución pública, la que hemos creado previamente como ejemplo, se dedica al funcionamiento de los postes públicos de luz.

La ciencia de la administración distingue entre cargos directivos y cargos técnicos¹³, siendo los primeros los que dirigen y establecen las líneas estratégicas y políticas públicas y los segundos los que ejecutan esas políticas.

¹³ Mercedes Iacovello, “Desarrollo estratégico de recursos humanos en el Estado”, *Revista Reforma y Democracia*, N° 15, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, 1999.

En ese orden, el Estado planifica que los cargos directivos, estos son, el director, el subdirector y los jefes de división, requieren, cada uno de ellos, de escritorios, un teléfono con línea, una computadora, una resma semanal de papel, una cantidad de lapiceros mensuales. Los cargos técnicos, por su parte, necesitan de camiones, escaleras, guantes, botas, batas de mecánica, cascos, cuchillas, tijeras especiales. Además, la institución requiere tener una cantidad suficiente de bombillos, cables, tornillos, postes de reemplazo. Conjuntamente, el esquema organizativo al que hemos hecho referencia necesita establecer el salario de cada uno de los cargos: el director gana diez, el subdirector nueve, los jefes de división ocho, el cargo II gana siete, el cargo I gana seis y las secretarías y el archivista ganan cinco. Se establece el monto exacto por un año de manera previa, planificada, presupuestada.

La planificación de recursos humanos en el sector público, como elemento definidor del esquema organizativo, viene a constituir, entonces, la puerta de entrada en todo sistema integrado de gestión de recursos humanos y permite anticipar la definición de políticas públicas coherentes en la Administración Pública¹⁴.

Este esquema organizativo viene determinado por el Manual Descriptivo de Cargos. Este Manual es un documento jurídico que recopila el compendio de los cargos vigentes en las instituciones públicas, clasificados por grupos ocupacionales, así como la información de cada una de las características específicas y los factores componentes de un cargo, que permiten describirlo como tal, y determinar su grado de ubicación en la escala de sueldos correspondiente.

El Manual Descriptivo de Cargos, como su nombre lo indica, describe las competencias exactas de cada cargo, pero establece también la compensación económica que cada empleado público obtendrá por su servicio, dependiendo del cargo que detente.

Aquí es importante destacar que este elemento distancia seriamente al régimen de la función pública del derecho laboral, ya que en este último el patrono tiene la plena libertad de ofrecer al empleado el salario que crea conveniente y este puede aceptarlo o solicitar un aumento¹⁵. En el derecho laboral se permite la negociación de los salarios, mientras que, en el sistema

¹⁴ Mercedes Iacovello, Laura Zuvanic y Mariano Tomassi. "Politización, estrategia y cultura burocrática: áreas de abordaje para la reforma del servicio civil en Argentina", *VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 2003.

¹⁵ Lucía Fernández Delpuech, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 78.

de función pública, en la organización administrativa, como el sueldo a pagar está ya planificado en un presupuesto de ingresos y gastos, esta negociación es imposible. Todos los cargos I ganarán lo mismo; todos los cargos II ganarán lo mismo; todos los jefes de división ganarán lo mismo; todas las secretarías ganarán lo mismo. Todo ello, se insiste, sin la posibilidad de pedir aumentos de sueldos particulares.

Se ve entonces como la función pública define a la organización administrativa. La Administración Pública se organiza debido al sistema funcional.

4. La organización de la función pública en la legislación venezolana

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la forma de organización del Poder Público, dividiéndolo en Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano, por una parte, y Nacional, Estatal y Municipal por el otro. Pero nada señala sobre la organización interna de cada uno de estos órganos del Poder Público.

Es la Ley del Estatuto de la Función Pública la encargada de configurar la estructura pública, dando la potestad a la Administración para instaurar su organización con base en los esquemas y principios propios a ella.

Antes de entrar a analizar la Ley del Estatuto de la Función Pública en este sentido, debe recordarse que uno de los principios básicos y elementales de la organización administrativa es la jerarquía.

El principio de la jerarquía está claramente definido en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública cuando señala que los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

Así mismo señala dicha Ley que el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inme-

diato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento¹⁶.

No se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscritos a ella tuvieren un rango igual, lo cual impediría que unos dieran órdenes o directivas y otros las cumplieren. Citando a MARIENHOFF, si no existiese jerarquía en la organización administrativa, no habría coordinación, imperaría el caos, y todo sería inoperante¹⁷. De ahí la existencia de superiores y subordinados, vinculados entre sí “por una relación de supremacía y de subordinación respectivamente”¹⁸.

Así, todas las organizaciones administrativas se entienden como órganos supeditados a otro de mayor jerarquía, organizándose piramidalmente, por vía de diferentes líneas que conducen a un mismo centro. Las líneas jerárquicas son la sucesión de distintos órganos de Administración unidos por la identidad de la materia, y debido a esa diferente competencia ocupan un grado jerárquico¹⁹.

En ese orden de ideas, la creación de cargos públicos, que es lo que, al final, determina la organización administrativa como lo demostró PÉREZ LUCIANI, se basa fundamentalmente en la jerarquía como principio organizativo.

Para ello, el ya mencionado Decreto Ley Orgánica de la Administración Pública consagra a una serie determinada de sujetos públicos la potestad de organizar a la Administración. Destaca el artículo 15 el ejercicio de la potestad organizativa, según el cual los órganos, entes y misiones de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, y en el ejercicio de sus funciones, los mismos deberán sujetarse a los lineamientos dictados conforme a la planificación centralizada. Para ello conceptualiza lo que es un órgano como las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio, a los entes como toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Cen-

¹⁶ En este sentido, sentencia N° 952 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 09-08-2018 en *Revista de Derecho Funcionario*, N° 20-22, p. 128.

¹⁷ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 563.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Roberto Dromi. “Derecho Administrativo”. Ediciones Ciudad Argentina. Sexta edición. Buenos Aires, 1997. Pág. 496.

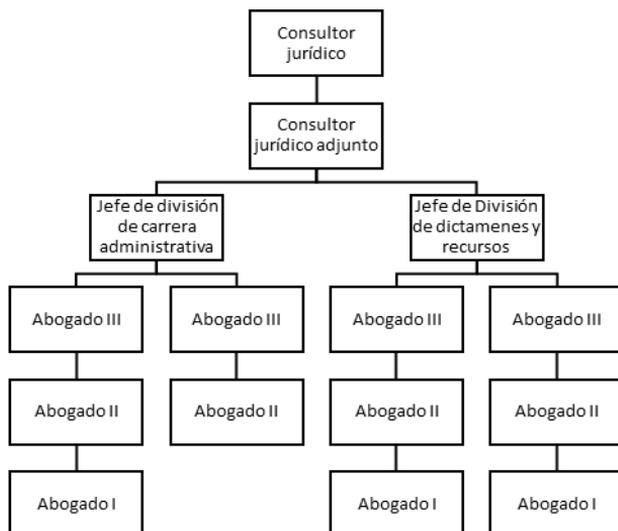
tral de Planificación y a las misiones como aquellas creadas con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población.

Es importante destacar que el artículo 16 entiende de manera positiva a la burocracia, cuando señala que no podrán crearse nuevos órganos o entes que supongan duplicación de las competencias de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.

Y, como dijimos, la organización administrativa, la creación de cargos administrativos, debe hacerse de manera planificada, como lo señala el artículo 17, cuando prohíbe crear nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos o de los municipios, sin que se creen o prevean fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a las necesarias para permitir su funcionamiento.

Una vez creado el órgano o ente, se le debe dar contenido organizativo a lo interno, con base en la jerarquía y la racionalidad, respetando el derecho a la carrera administrativa de los funcionarios públicos. Es aquí donde entra la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Pongamos un ejemplo gráfico: la organización de una consultoría jurídica en un ministerio:



El artículo 46 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece el concepto de cargo, que vendrá a ser la unidad básica que expresa la división del trabajo en cada unidad organizativa y comprenderá las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas con una interrelación tal, que puedan ser cumplidas por una persona en una jornada ordinaria de trabajo.

En nuestro ejemplo, el consultor jurídico es un cargo, el consultor jurídico adjunto es otro, cada jefe de división es un cargo diferente y específico, al igual que los abogados II, II o I. Cada uno de estos es una unidad que expresa una división de trabajo, toda vez que cada uno tiene competencias, atribuciones y responsabilidades concretas, y que es cumplida por una sola persona en una jornada laboral, durante un tiempo indeterminado.

Este artículo 46 da el concepto legal del Manual Descriptivo de Clases de Cargos, del cual ya habíamos hablado. Para el legislador funcionario, este Manual será el instrumento básico y obligatorio para la Administración del sistema de clasificación de cargos de los órganos y entes de la organización administrativa.

El Manual Descriptivo de Cargos de nuestra imaginaria consultoría jurídica debe establecer con exactitud las competencias del consultor jurídico y de todos los demás cargos. Consagra cuanto será la remuneración de quien detente ese cargo, como dijimos, sin posibilidad alguna de negociación. También señala las atribuciones y responsabilidades, definiendo y delimitando en radio de acción de cada cargo.

El artículo 54 de la Ley del Estatuto de la Función Pública destaca que cada cargo deberá ser asignado al *grado* correspondiente, según el sistema de clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala. Es decir, cada cargo tiene asignada su remuneración, sin que esta pueda ser modificada.

El artículo 55 ratifica la planificación de la que venimos hablando: el sistema de remuneración de los empleados públicos debe ser aprobado por el Presidente de la República previo informe favorable del Ministerio de Planificación y Desarrollo. Antes de proceder a la creación de un cargo se establecen las normas para la fijación, administración y pago de sueldos iniciales; aumentos por servicios eficientes y antigüedad dentro de la escala; viáticos y otros beneficios y asignaciones que por razones de servicio deban otorgarse a los funcionarios o funcionarias públicos.

El artículo 47 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que los cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio a nivel de complejidad, dificultad, deberes y responsabilidades, y cuyo

ejercicio exija los mismos requisitos mínimos generales, se agruparán en *clases* bajo una misma denominación y grado común en la escala general de sueldos.

Vemos en la consultoría que usamos como ejemplo, que hay varios abogados. Cada uno de ellos es una clase de cargos. Estos abogados tienen cargos similares, con dificultades, deberes y responsabilidades parecidas, aun estando adscritos a jefaturas de división diferentes. En términos generales, los abogados tienen trabajos más o menos similares: redactar documentos legales, escritos judiciales, revisar expedientes, analizar jurídicamente situaciones concretas.

Sucede lo mismo con los jefes de división: estos a pesar de tener competencias distintas, tienen niveles de responsabilidad (en especial en materia de coordinación y planificación de la ejecución de la labor pública) similares.

También puede verse entre los cargos directivos de los ministerios. El director de administración, el de recursos humanos, el de políticas públicas o el de consultoría jurídica, tiene competencias muy distintas, pero responsabilidades e importancia frente al ministro bastante similares, por lo que, el director general es una clase de cargo. O los ministros con relación al Presidente de la República.

Por cierto, los Manuales Descriptivos de Cargos, para hacer justicia entre los funcionarios, crean con regularidad una figura permitida por el Ministerio de Planificación, que se denominan *pasos*. Esto es, una persona misma clase de cargo en un nivel, debido al tiempo en el mismo puede tener un sueldo superior a otro que recién ingresa a ese mismo cargo.

El abogado I de nuestra imaginaria consultoría jurídica que tiene cinco años en el cargo no puede ver con ojos de justicia que otro que recién ingresa al mismo cargo gane exactamente lo mismo. Para ello, ese abogado, desde que ingresa al cargo de abogado I, va cumpliendo unas metas que establece el Manual Descriptivo de Cargos y la Oficina de Recursos Humanos, para que este vaya alcanzando pasos y obteniendo algún aumento de salario (aunque bastante limitado) debido a su experiencia en la Administración, todo ello hasta que logra alcanzar el cargo de abogado II.

El artículo 48 organiza el asunto de manera vertical, ya que entra a verificar la dificultad del trabajo. Cada clase de cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio, pero diferentes en niveles de complejidad de los deberes y responsabilidades, se agruparán en *series* en orden ascendente. Estas series son los que en la Administración Pública normalmente se conocen como *niveles*.

Aquí se especifica, se organiza, la labor de los abogados para que el principio de jerarquía se cumpla y se permita trabajar de manera ordenada y sistemática. El abogado se empieza a diferenciar según la dificultad de la labor que le establece el Manual Descriptivo de Cargos. El abogado III tiene más responsabilidades que el II, y el II tiene más peso estratégico que el abogado I.

Por ejemplo, se verifica del tabulador de salarios de los empleados y obreros de la Administración Pública, publicado en Gaceta Oficial N° 41.351 del 01-03-2018, el sistema de remuneración en base a clase de cargos y grados por una parte y niveles por el otro.

GRUPO O CLASE DE CARGOS	NIVELES O RANGOS DE SUELDOS MENSUALES						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
PERSONAL ADMINISTRATIVO O BACHILLERES							
BI	392.646,46	431.910,67	490.807,51	588.969,06	687.130,50	746.027,44	785.292,04
BII	407.443,64	448.187,97	509.304,57	611.165,51	712.765,47	774.142,94	814.887,28
BIII	419.569,86	461.526,77	524.462,25	629.354,74	734.247,22	797.182,70	839.139,62
PERSONAL TÉCNICO SUPERIOR UNIVERSITARIO							
TI	434.132,74	477.546,01	542.665,87	651.199,01	759.732,24	824.852,10	868.265,09
TII	448.075,32	492.882,82	560.094,12	672.112,93	784.131,73	851.343,03	896.150,53
PERSONAL PROFESIONAL UNIVERSITARIO							
PI	461.848,62	508.033,54	577.310,77	692.773,02	808.235,17	877.512,41	923.697,33
PII	478.988,94	526.887,90	598.736,19	718.483,45	838.230,71	910.079,01	957.977,97
PIII	483.121,38	531.433,49	603.901,70	724.682,02	845.462,34	917.930,55	966.242,66

Tomemos como ejemplo el último renglón, el del personal profesional universitario. Veamos que para una clase de cargos en concreto se tienen varios niveles (I, II, III, IV, V, VI y VII). A su vez, cada cargo puede alcanzar hasta tres pasos (PI, PII, PIII).

Vemos como las clases de cargos se colocan en bloque, según sus competencias generales a los funcionarios y las series se organizan de forma ascendente según sus funciones específicas y responsabilidades.

Nota final

La función pública, la burocracia y la organización administrativa van de la mano. Una no existe sin la otra. La organización determina el carácter abstracto y la función pública el concreto de la Administración Pública. Para entender la organización administrativa es clave entender la función pública y viceversa.

Más aún si se tiene que los cargos públicos no funcionan por sí solos. Necesitan de personas de carne y hueso que los ejerzan.

Esa organización administrativa que determina la función pública, y viceversa, se configura, a su vez, como una actividad²⁰. Luego, a pesar de la diferenciación que hacen los teóricos, organización y actividad vienen siendo una sola cosa, o por lo menos algo muy complementado.

En fin, la actividad administrativa crea la organización administrativa, pero esta se hace necesaria para poder ejecutar la actividad y la organización administrativa requiere de la función pública, así como esta necesita de la organización para subsistir.

²⁰ Pérez Luciani, Ob. cit., p. 29.

EL NEPOTISMO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gabriel Sira Santana*

Resumen: La colaboración busca responder a la interrogante de si el nepotismo está sancionado en Venezuela, en el sentido de que exista una prohibición legal para designar a familiares en cargos públicos, y ofrece una mirada al derecho latinoamericano en la materia que podría servir al legislador frente a una eventual reforma legislativa.

Palabras clave: Nepotismo; Función pública; Carrera Administrativa.

Summary: This paper seeks to answer the question of whether nepotism is sanctioned in Venezuela, in the sense that there is a legal prohibition to appoint family members to public office, and offers a look at Latin American law on the matter that could serve the legislators for an eventual reform.

Key words: Nepotism; Public office; Administrative career.

Sumario: 1. El caso de los funcionarios de carrera. 2. El caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. 3. Una regulación necesaria.

El Diccionario de la Lengua Española define al nepotismo como la “[d]esmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos”¹.

Igual acepción conseguimos en la Enciclopedia Jurídica Omeba donde se agrega que, si bien la presencia del nepotismo en un sistema de gobierno “depende (...) del mayor o menor nivel moral que tengan los pueblos”, es posible constatar dos circunstancias que lo facilitan: (i) la existencia de un régimen dictatorial o totalitario donde el control sobre el Estado es escaso y no hay libertad de expresión para denunciar estos ventajismos, y (ii) la mala organización del sistema de ingreso a la Administración Pública, que históricamente ha favorecido que los cargos se provean “por designación directa

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. Subdirector de la Revista de Derecho Funcionarioal.

¹ 23° edición, consultado en <https://dle.rae.es/nepotismo>

de la autoridad (...) de la cual dependía el empleo. De esta regla se salvaban únicamente los cargos electivos”².

Este concepto no es extraño para Venezuela y un ejemplo representativo –y ampliamente conocido– lo constituye el período de nuestra historia denominado *El Monagato* (1847-1857), cuando la Presidencia de la República fue ejercida de forma sucesiva por los hermanos José Tadeo Monagas y José Gregorio Monagas y, como apuntan en el foro, existían “claros visos de nepotismo (...) en la administración pública central y local, donde [los Monagas] nombran a familiares y amigos para el desempeño de los cargos más importantes”³, en lo que sería catalogado como “una década de autoritarismo y nepotismo”⁴.

Cerca de dos siglos después, en una época donde el autoritarismo también se encuentra presente en el quehacer público⁵, organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación han denunciado la existencia de casos que encuadrarían dentro de la noción de nepotismo al, por ejemplo, constatar que en la Contraloría General de la República “paradójicamente se emplean 13 familiares del Contralor General”, “45 parientes de 14 altos funcionarios o ex altos funcionarios ocupan u ocuparon puestos claves en organismos como el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), el Ministerio Público, la Defensa Pública o la Defensoría del Pueblo” y “[a] menos 43 familiares de altos jefes del chavismo ocupan puestos clave en el servicio exterior venezolano, entre los que se cuentan hijos, sobrinos, esposos y hermanos”⁶.

Se trata entonces de una anomalía común –valga el oxímoron– que atenta contra los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia que rigen a la

² Manuel Ossorio y Florit, “Nepotismo”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XX, 1977.

³ Carmen Valecillos Vázquez y Francisco Bernete, “Representaciones de la sociedad venezolana en los discursos del Presidente de Venezuela José Tadeo Monagas”, *Mediaciones Sociales. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, N° 10, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 67, en http://dx.doi.org/10.5209/rev_MESO.2012.n10.39682

⁴ Jesús María Casal Hernández, *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, p. 111.

⁵ Véase, entre otros trabajos del mismo autor, Allan R. Brewer-Carías, *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

⁶ Véase Transparencia Venezuela (2016, 8 septiembre), *El nepotismo debe ser execrado del Estado venezolano*, en <https://transparencia.org.ve/el-nepotismo-debe-ser-execrado-del-estado-venezolano> En igual sentido puede revisarse Convite AC, *Nepotismo y militares en el Poder en Venezuela*, en <http://conviteac.org.ve/investigacion/nepotismo-y-militares-en-el-poder-en-venezuela> y DW (2015, 4 agosto), *Venezuela, ¿nepotismo bolivariano?*, en <https://www.dw.com/es/venezuela-nepotismo-bolivariano/a-18626131>

función pública a tenor de lo previsto en el único aparte del artículo 146 de la Constitución de la República⁷ (en lo sucesivo, CRBV). No obstante, debemos preguntarnos: más allá de connotaciones éticas e interpretaciones principistas⁸, ¿está el nepotismo sancionado en Venezuela, en el sentido de que exista una prohibición legal de designar a familiares para ocupar cargos públicos?

A responder esta interrogante dedicaremos las siguientes líneas que no pretenden ser un estudio pormenorizado sobre el nepotismo sino, más bien, una aproximación general del tema, distinguiendo entre el caso de los funcionarios de carrera y los de libre nombramiento y remoción e incorporando algunas notas de derecho comparado latinoamericano, que ofrece un par de consideraciones de valor en relación con nuestro objeto de estudio.

1. El caso de los funcionarios de carrera

De acuerdo con el artículo 146 de la CRBV, “[l]os cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera”, a excepción de “los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados (...), los obreros (...) al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley”, y “[e]l ingreso de los funcionarios públicos (...) a los cargos de carrera será por concurso público”.

De este modo, la CRBV habría previsto un *sistema de carrera* que, como expone SILVA BOCANEY:

...supone la superación del *spoils system* o sistema de botín, beneficiando directamente a la administración, al funcionario y a la colectividad, pues busca en primer lugar la democratización de los cargos, en tanto y en cuanto, todas aquellas personas que aspiran a ingresar a la administración en determinados cargos para los cuales cumplan los requisitos, pueden someterse a concurso y competir, logrando con esto que la administración cuente con un mejor y más capacitado funcionario, que se preparó para el ejercicio de un cargo y sigue en su preparación durante la ejecución de éste, redundando en beneficio en el servicio⁹.

⁷ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

⁸ Sobre la ética y su incidencia en el derecho puede verse Hubed Bedoya Giraldo, *La justicia en la perspectiva de la ética*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

⁹ José Gregorio Silva Bocaney, “La estabilidad del funcionario público de carrera en Venezuela. Particular referencia acerca de la estabilidad en el Ministerio Público”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 24, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018, p. 13.

A ello se suma que, conforme con el artículo 145 *ejusdem*, “[l]os funcionarios públicos (...) están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna” y “[s]u nombramiento y remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política”, previéndose como prohibición general que “[q]uien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la República y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrá celebrar contrato alguno con ellas, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro (...), salvo las excepciones que establezca la ley”.

Más allá de los artículos citados, de los que no se desprende una prohibición que impida designar a familiares para ocupar cargos públicos –a diferencia de la que sí existiría para nombrar a alguien por motivos de afinidad política, o para contratar con el Estado– no encontramos otras disposiciones que sean de especial interés en la CRBV en cuanto al nombramiento de funcionarios públicos por lo que, como de hecho lo prevé el texto comentado en su artículo 144, hemos de acudir a la Ley del Estatuto de la Función Pública¹⁰ (en lo sucesivo, LEFP) que, junto a otros supuestos, incluye las “normas sobre el ingreso” a la función mencionada.

¿Qué nos dice la LEFP sobre el ingreso a los cargos de carrera en la Administración Pública? Sencillamente, que este proceso debe basarse en las “aptitudes, actitudes y competencias” de los aspirantes, “mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole” (artículo 40).

De lo anterior, no constatamos entonces que exista una prohibición de designar a familiares para ocupar cargos públicos de carrera¹¹. Más bien, de la lectura del artículo citado podría desprenderse la conclusión contraria. Es decir: que prohibir por la vía de los hechos este tipo de ingreso al negarle al familiar la posibilidad de concursar sería violatorio del propio artículo 40 de la LEFP, al considerarse ello como un caso de discriminación de “quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos” por el solo hecho de tener un vínculo de consanguinidad o afinidad o el estado de cónyuge o concubino.

¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002 y reimpressa en N° 37.522 del 06-09-2002.

¹¹ De acuerdo con el primer aparte del artículo 19 de la LEFP, estos cargos son ocupados por los funcionarios que “habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente”.

Nótese en todo caso que, conforme con lo dicho, el familiar tendría derecho a participar en el concurso como un aspirante más y a ser evaluado como un candidato más, sin que por su condición de familiar pueda ser desprovisto de este derecho, pero sin que tampoco pueda ignorarse la necesidad –o mejor dicho, obligación– de que el mismo concurre como cualquier otro interesado; que sería lo que ocurriría si se le diese preferencia y nombrase como funcionario sin mayor trámite concursal.

De materializarse el primer supuesto estaríamos frente a la discriminación ya comentada, sancionada por la ley. En tanto, de materializarse el segundo supuesto encontraría aplicación el único aparte del artículo 40 de la LEFP según el cual “[s]erán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios (...) públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley”. Sanción que, entendemos, resultaría extensiva a aquellos casos en los que se realice el llamado a concurso como una mera formalidad sin que en realidad se evalúe a los aspirantes según sus aptitudes, actitudes y competencias y se le dé preferencia a alguno de ellos por factores externos (en nuestro caso de estudio: el vínculo familiar).

Ahora bien, sabido que nada obsta a que un familiar se presente al concurso para un cargo público restaría por determinar si el funcionario encargado de la selección –es decir, aquel que forma parte de las oficinas de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública, a tenor del artículo 41 de la LEFP– debe tomar alguna medida excepcional en caso que ello ocurra y aquí, consideramos, la respuesta dependerá de con quién se posea el vínculo.

Así, en *primer lugar* tendríamos el caso de que el aspirante sea familiar del funcionario encargado de la selección.

De ocurrir esta situación, somos de la opinión que hallaría aplicación el literal “A” del numeral 10 del artículo 33 de la LEFP conforme con el cual, los funcionarios están obligados a “[i]nhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida, en los siguientes casos: a. Cuando personalmente, o bien su cónyuge, su concubino (...) o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto”.

No dudamos que el ser nombrado como funcionario bien podría entenderse como un *asunto de interés* en los términos de ley y, en consecuencia, tal deber de inhibición habría de materializarse siempre que, claro está, el aspirante se *inserte* en algunos de los grados de nexo familiar previstos por el legislador (como se dijo: hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sea el cónyuge o concubino). En caso contrario (por ejemplo,

corresponderse con el quinto grado de consanguinidad o tercero de afinidad), nada impediría que el funcionario siguiera conociendo del asunto, ya que el legislador habría considerado que su objetividad no estaría en entredicho.

Por su parte, en *segundo lugar* tendríamos el caso de que el aspirante no sea familiar del funcionario encargado de la selección –aspecto tratado en los párrafos precedentes– sino de algún otro funcionario que haga vida profesional en ese u otro órgano o ente del Estado.

En este supuesto, de afirmarse que existe una prohibición general de contratar a familiares independientemente de con quién se tenga el vínculo en cuestión se llegaría al ilógico de que por cada grupo familiar podría haber únicamente un funcionario público. Esta aseveración no requiere mayor argumentación en contra dada su irracionalidad, sobre todo en países como el nuestro donde el Estado es una de las principales fuentes de trabajo dado el amplio número –en ocasiones injustificado– de órganos y entes que existen y que requieren de personal para el correcto ejercicio de las funciones que le han sido confiadas.

En tanto, un tema que sí podría generar mayor interés es qué ocurre cuando el aspirante no es familiar del funcionario que lleva a cabo el procedimiento de selección de personal, pero sí de su superior inmediato o del funcionario de mayor jerarquía en esa entidad.

Al respecto, y si bien se conoce que las oficinas de recursos humanos no son extrañas a la influencia de estos superiores que pueden querer inclinar la balanza para favorecer la incorporación de sus familiares con órdenes dirigidas a sus subordinados, valiéndose para ello de su posición en la institución, consideramos que esta situación escaparía de las prohibiciones previstas en la ley –más que prohibición, el deber de inhibición según se vio– y, en dado caso, lo procedente sería evaluar si prosperaría alguna sanción disciplinaria contra los involucrados al vulnerarse la integridad del concurso y no haberse seleccionado al candidato mejor calificado para el cargo disponible, declarándose en definitiva la nulidad del nombramiento por no realizarse el concurso de conformidad con la ley (único aparte del artículo 40 de la LEFP, ya citado).

Claro está, que escribimos estas líneas a sabiendas que en Venezuela, a pesar de lo que prevé la CRBV y la LEFP, hoy por hoy los funcionarios de carrera no parecen ser la regla –si bien se desconocen cifras oficiales– y, como han denunciado en el foro, “en la práctica (...) no se encuentra establecido de forma efectiva, eficaz y verdadera, el sistema de concursos públicos, (...) siendo sustituido por la designación, la provisoria, la temporalidad, o bajo el subterfugio de los concursos internos, concursos cerrados o regula-

rización de titularidad, en una aberración (...) [que] pretende otorgar estabilidad sólo a quienes comulguen con los mismos principios del jerarca”¹². Afirmación que lamentablemente también abarcaría el supuesto de concursos amañados para que resulten seleccionados familiares, o la designación de estos últimos sin concurso alguno.

2. El caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción

Conocida cuál sería la situación con los funcionarios de carrera en relación con el nombramiento de familiares para ocupar cargos públicos, nos restaría por examinar el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Así, hemos de recordar que la LEFP define a estos funcionarios como “aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley” (último aparte del artículo 19) y precisa que ellos “podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza” (artículo 20), concibiéndose por los primeros el listado que se incluye en el mismo artículo 20¹³ y, por los segundos, “aquéllos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros (...), de los directores (...) generales y de los directores (...) o sus equivalentes”, incluyéndose también en este último grupo “aquéllos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley” (artículo 21)¹⁴.

¹² J. G. Silva Bocaney, *La estabilidad...*, ob. cit., p. 14.

¹³ A saber: el Vicepresidente Ejecutivo; los ministros; los jefes de las oficinas nacionales o sus equivalentes; los comisionados presidenciales; los viceministros; los directores generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios; los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales; los directores generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía en los institutos autónomos; los registradores y notarios públicos; el Secretario General de Gobierno de los estados; los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía; y las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores y funcionarios de similar jerarquía.

¹⁴ Nótese que, como destaca Silva Bocaney, “ambos tipos de cargos son igualmente de libre nombramiento y remoción, con la salvedad que, para ejercer un cargo de alto nivel, el funcionario debe aceptar de manera expresa el cargo, mientras la condición pa-

Lejos de estas definiciones, no encontramos pautas o directrices en la LEFP que sirvan de guía para la designación de estos funcionarios más allá del artículo 53 conforme con el cual “[l]os cargos de alto nivel y de confianza quedarán expresamente indicados en los respectivos reglamentos orgánicos de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional” y “[l]os perfiles que se requieran para ocupar los cargos de alto nivel se establecerán en el Reglamento de la presente Ley”. Reglamento que, casi veinte años después, no se ha dictado¹⁵.

De este modo, ambos nombramientos estarían caracterizados por la discrecionalidad del funcionario al momento de elegir quién –y por cuánto tiempo– ocupará el cargo en cuestión, no existiendo normas que regulen dicha elección más allá de los principios propios de toda actividad administrativa –como se recordará, de acuerdo con el artículo 141 de la CRBV “[l]a Administración Pública está al servicio de los ciudadanos (...) y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho– y la valoración de los *eventuales* perfiles reglamentarios al momento de considerar a un candidato.

Es decir, que –jurídicamente hablando– nada obstaría a que en ejercicio de esa libertad de elección un funcionario designase a un familiar para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, sea este de alto nivel o de confianza, de considerar quien designa que esa persona es la más calificada para la posición en cuestión, sin que dicho sea de paso tal designación haya de ser motivada o justificada.

Somos del criterio que una argumentación en contrario habría de derivar, necesariamente, de interpretaciones principistas con base en los axiomas de honestidad, idoneidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública que recoge el único aparte del artículo 146 de la CRBV, según dijimos, en pro de la objetividad de la designación y el mejor desarrollo de la función pública. No obstante, esta argumentación se encontraría con el inconveniente de que, de abogarse por la implementación de la inhibición como se planteó en

ra considerar un cargo como de confianza puede darse cuando sencillamente se reubica al funcionario en otro cargo o se le asignan funciones propias de confianza”. Véase José Gregorio Silva Bocanay, *Las situaciones administrativas de la función pública*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 141.

¹⁵ A la fecha permanece vigente, en lo que no contraría a la LEFP, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa publicado en Gaceta Oficial N° 36.630 del 27-01-1999, que no resulta de especial interés para el tema que nos ocupa.

el acápite anterior, surgiría la interrogante práctica de quién habría de efectuar entonces la designación y bajo qué criterios, en el entendido que en el caso ya comentado la inhibición procedía era respecto al asunto como un todo (a saber, el procedimiento concursal para evaluar las aptitudes, actitudes y competencias de los aspirantes a fin de la selección del más calificado, que ahora sería conducido por otro funcionario), y en el caso de un cargo de libre nombramiento y remoción tal procedimiento no existiría pues la elección, como su nombre lo indica, es libre por parte de la autoridad administrativa; no encontrándose adicionalmente otra autoridad *del mismo nivel* que pueda efectuar el nombramiento en su nombre o por sustitución.

Diferente sería el caso si el ordenamiento jurídico previese de forma expresa que se prohíbe designar en cargos de libre nombramiento y remoción a cónyuges, concubinos o parientes dentro de determinados grados de consanguinidad y afinidad. Pero ello, reiteramos, no es lo que ocurre en la CRBV, la LEFP ni en las *normas éticas* que han sido positivizadas en el país y que se recogen en instrumentos como el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos publicado por el Consejo Moral Republicano y aplicable “a los servidores públicos al servicio de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus entes descentralizados” según su artículo 2¹⁶ o los códigos de ética de determinados órganos y entes del Estado¹⁷ ya que todos ellos, a lo sumo, se limitan a reiterar en este punto lo previsto en la LEFP¹⁸.

¹⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 40.314 del 12-12-2013.

¹⁷ Téngase como ejemplo el Código de Ética de los Trabajadores y Trabajadoras de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, publicado en Gaceta Oficial N° 39.848 del 23-01-2012 y que conforme con su artículo 1 abarca a los funcionarios de esta institución.

¹⁸ Véase en el caso del Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos los numerales 10 y 11 del artículo 6 conforme con el cual “[e]s contrario a los principios rectores de los deberes y conductas de (...) los servidores públicos, y en consecuencia se les prohíbe: 10. No inhibirse del conocimiento, tramitación o resolución de algún asunto que bajo los supuestos contemplados en el presente Código, constituya una situación en la que el interés particular, directo o indirecto, se contraponga a los intereses del Estado. 11. Realizar cualquier otro acto, hecho u omisión en el que su interés particular, directo o indirecto, se contraponga a los intereses del Estado, o que sea contrario a los principios establecidos en el presente Código. // A los efectos del presente Código se entenderá que (...) el servidor público ha obtenido un beneficio, ventaja o privilegio, cuando éste se hubiere obtenido a favor de su cónyuge, (...) concubino, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o para terceros con los que tenga o haya tenido, durante los últimos cinco (5) años, relaciones profesionales, laborales o de negocios”, y, en el caso del Código de Ética de los Trabajadores y Trabajadoras de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, el numeral 2 del artículo 23 que prevé el deber de “[i]nhibición del conocimiento de asuntos y

3. Una regulación necesaria

El hoy vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción¹⁹ prevé en su artículo 14, como se vio ya lo determina la CRBV, que “[e]l nombramiento y remoción o destitución de los funcionarios y empleados públicos no podrá estar determinado por afiliación u orientación política alguna y se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”.

La Asamblea Nacional intentó modificar este decreto ley en el año 2016 para, entre otros, sancionar el conflicto de intereses y el nepotismo en la función pública²⁰.

El proyecto –denominado Ley Contra la Corrupción y para la Salvaguarda del Patrimonio Público²¹– fue aprobado en primera discusión el 04-10-2016 y desde entonces ha quedado archivado, probablemente como consecuencia de la *trifulca* generada entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial luego del cambio de fuerzas políticas del parlamento en diciembre de 2015 que, entre otros, llevó a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarara –sin fundamento jurídico alguno, vale decir– la inconstitucionalidad de prácticamente todas las leyes que llegó a sancionar la Asamblea Nacional²².

En todo caso, haciendo abstracción de esto último nos interesa destacar que el proyecto de ley mencionado incluye en su artículo 30, titulado “[n]epotismo”, que [n]ingún funcionario público podrá designar, nombrar, seleccionar o contratar a su cónyuge, concubino o personas con quien esté vinculado por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el órgano o ente en el cual se desempeñan o sobre los

solicitudes cuya competencia le esté legalmente atribuida, cuando personalmente o algún miembro de su familia tuviere interés en sus resultados (...).”

¹⁹ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario del 19-11-2014.

²⁰ Véase El Estímulo (2016, 4 octubre), *Nueva ley contra la corrupción aumenta pena de cárcel para el delito de nepotismo*, en <https://elestimulo.com/nueva-ley-contra-la-corrupcion-aumenta-pena-de-carcel-para-el-delito-de-nepotismo>

²¹ El texto del proyecto está disponible en el sitio web de Transparencia Venezuela, en <https://transparencia.org.ve/project/ley-contra-la-corrupcion-y-para-la-salvaguarda-del-patrimonio-publico>

²² Véase al respecto Gabriel Sira Santana, “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 267-284, así como otros trabajos publicados por diferentes miembros del foro en ese mismo número.

cuales ejerzan control de tutela, accionarial o estatutario”, previéndose como excepción a esta prohibición en el artículo siguiente que:

Artículo 31. Cuando las máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entes del sector público consideren que existen razones de mérito y capacidad que justifiquen fundadamente la designación, nombramiento, selección o contratación de su cónyuge, concubino o personas con quienes estén vinculadas por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en cargos dentro del órgano o ente en el cual se desempeñan o sobre los cuales ejerza control de tutela, accionarial o estatutario, solicitará por escrito la autorización del Contralor General de la República.

En caso que la autorización sea requerida por el Contralor General de la República, será sometida a la consideración del Consejo Moral Republicano.

Toda designación, nombramiento, selección o contratación realizada en contravención a lo previsto en el presente artículo será sancionada con responsabilidad administrativa, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Estas disposiciones serían complementadas por el único aparte del artículo 33 *ejusdem* según el cual “[t]oda designación, nombramiento, selección o contratación realizada en contravención a las disposiciones de la presente Ley será nula de pleno derecho”, si bien tal nulidad “no afectará la validez de los actos realizados antes de producirse dicha declaratoria, salvo aquellos de los cuales se derive un beneficio particular, directo o indirecto para el servidor público, su cónyuge, concubino, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios”.

En este sentido, si bien hoy en día hay asuntos que demandan con mayor urgencia la atención de nuestros legisladores, no dudamos que cuando las circunstancias lo permitan el parlamento habría de volver sobre este punto y continuar la discusión de este proyecto de ley a fin de sancionar las disposiciones comentadas y, de ese modo, dejar de ser necesario acudir a un ejercicio interpretativo –que puede arrojar conclusiones a favor o en contra, según vimos– para determinar si es posible o no designar a familiares para que ocupen cargos públicos, sean estos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Diversos países de la región ya prevén disposiciones similares en sus ordenamientos pudiendo citarse a los efectos de estas líneas como ejemplo a nivel constitucional el encabezado del artículo 126 de la Constitución colombiana –“[l]os servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por

matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación”²³– y el tercer aparte del artículo 130 de la Constitución nicaragüense, que prevé que “[e]n todos los poderes del Estado y sus dependencias, así como en las instituciones creadas en esta Constitución, no se podrán hacer recaer nombramientos en personas que tengan parentesco cercano con la autoridad que hace el nombramiento y en su caso, con la persona de donde hubiere emanado esta autoridad. Para los nombramientos de los funcionarios principales regirá la prohibición del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”²⁴.

En tanto, a nivel legislativo el universo de estas disposiciones aumenta considerablemente y vemos cómo, solo por nombrar algunos casos:

(i) En Argentina, el Decreto N° 93/2018 del 30-01-2018 prevé una prohibición general para el ingreso a la función pública en relación con determinados familiares de las altas cabezas del Ejecutivo Nacional al disponer que “no podrán efectuarse designaciones de personas, bajo cualquier modalidad, en todo el Sector Público Nacional, que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado, con el Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros, Ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de Ministro. Quedan incluidos el cónyuge y la Unión Convivencial” (artículo 1)²⁵.

(ii) En Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público del 06-10-2010 “prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta Ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho” (encabezado del artículo 6)²⁶, supuesto que coincidiría con el proyecto de ley que reposa en la Asamblea Nacional.

²³ Véanse adicionalmente los artículos 179, 267 y 292 que establecen prohibiciones puntuales en el caso del Congreso, la Contraloría General de la República y las entidades descentralizadas.

²⁴ Ambos textos fueron consultados en el sitio web del Political Database of the Americas de la Georgetown University (<https://pdba.georgetown.edu>).

²⁵ Consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/306423/norma.htm> Nótese que el artículo 3 de este mismo decreto precisa que “[q]uedan exceptuadas de lo dispuesto en el artículo 1° las personas designadas mediante procesos de selección por Concurso Público de antecedentes o que cuenten con estabilidad en el cargo”.

²⁶ Consultada en <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-02/Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Servicio%20P%C3%BAblico%20-%20R.O..pdf>

(iii) En El Salvador, en términos similares a la norma ecuatoriana ya vista, la Ley de Ética Gubernamental del 07-12-2011 determina que constituye una prohibición ética para los funcionarios públicos el “[n]ombrar, contratar, promover o ascender en la entidad pública que preside o donde ejerce autoridad, a su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o socio, excepto los casos permitidos por la ley” (literal “H” del artículo 6)²⁷.

(iv) En Honduras, el Código de Conducta Ética del Servidor Público del 31-05-2007 expone que “[e]l servidor público tiene prohibido designar parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad para que presten servicios en la institución directamente a su cargo, sea de manera remunerada o ad honórem. Se exceptúa el cónyuge del titular del Poder Ejecutivo. Tampoco debe un servidor público solicitar o influenciar para que sus parientes sean contratados en otra dependencia del Estado” (artículo 13)²⁸.

La norma, como apreciará el lector, va más allá del supuesto de la designación *directa* del funcionario al prohibir también el influir para que un pariente sea contratado en otro órgano o ente. Este agregado podría incorporarse en el proyecto de ley que reposa en la Asamblea –pensando en casos como los reportados por Transparencia Venezuela y traídos a colación al inicio de esta colaboración–, aun cuando tal supuesto podría ya encuadrarse en el delito de tráfico de influencias previsto en nuestro ordenamiento²⁹.

(v) En Panamá, con una redacción similar a la vista en Ecuador y El Salvador, la Ley por la cual se Establece y Regula la Carrera Administrativa del 20-06-1994, la más antigua de esta reseña, precisa que “[n]o podrán optar para ocupar puestos públicos, las personas que guardan relaciones de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad con la autoridad nominadora de la misma institución” (artículo 47)³⁰.

²⁷ Consultada en <http://teg.gob.sv/wp-content/uploads/2019/07/Ley-de-etica-Gubernamental-1.pdf>

²⁸ Consultado en <https://www.se.gob.hn/media/files/leyes/RG.pdf>

²⁹ De acuerdo con el artículo 73 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción, “[e]l 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 u otra utilidad para sí o para un tercero, será penado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años”.

³⁰ El texto único de la ley que incluye sus reformas a la fecha puede ser consultado en https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28729/GacetaNo_28729_20190311.pdf

(vi) En Paraguay, la Ley que Prohíbe el Nepotismo en la Función Pública del 11-11-2005 expresa que las cabezas del Poder Público como lo serían el Presidente de la República, el Vicepresidente de la República, los Presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral y del Consejo de la Magistratura, el Fiscal General del Estado, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, los presidentes de los entes descentralizados y los gobernadores e intendentes, “no podrán nombrar en cargos públicos de designación directa, no electiva, a parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, salvo que tales nombramientos se efectúen en el marco de un concurso público de oposición” (artículo 1)³¹.

Es decir, que se prohibiría la designación de familiares para cargos de libre nombramiento y remoción, mas no para cargos de carrera por considerarse que el concurso sería un método lo suficientemente objetivo para suprimir cualquier afrenta contra los principios de honestidad e idoneidad en la función pública.

(vii) Finalmente, en Perú, la Ley que Establece la Prohibición de Ejercer la Facultad de Nombramiento y Contratación de Personal en el Sector Público en Casos de Parentesco del 15-04-1997 determina de modo bastante amplio que:

Artículo 1. Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio³².

Así, se trataría de una prohibición que abarcaría a la Administración Pública central y descentralizada y proscibiría tanto el nombramiento directo –supuesto común a los países de la región, según se desprende del repaso que hemos realizado– como la influencia en dicho nombramiento ante un tercero, como también vimos ocurre en Honduras.

³¹ Consultada en <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/731/ley-n-2777-prohibe-el-nepotismo-en-la-funcion-publi->

ca#:~:;text=Ley%20N%C2%B0%202777%20%7C%20Proh%C3%ADbe%20el%20Nepotismo%20en%20la%20Funci%C3%B3n%20P%C3%ABlica

³² Consultada en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/Leyes/26771.pdf>

En virtud de las normas citadas podemos apreciar que el nepotismo en la función pública cuenta en la región latinoamericana con más de veinticinco años de prohibiciones expresas, en algunos casos con mayor severidad que otros, encontrándose Venezuela en el listado de países que carecen de regulación al respecto³³, si bien en 2016 se dieron los primeros pasos para cambiar esta situación.

Hoy, cuatro años después de ese intento, cuando las denuncias de corrupción en la Administración Pública no han ido sino en aumento y la confianza de los venezolanos en sus instituciones es cada vez menor, consideramos que no debe olvidarse esta discusión que, si bien por sí sola no logrará cambiar nuestra realidad, sí fortalecería la honestidad, idoneidad y eficiencia en la gestión pública y, con ello, la mejor garantía del interés general. Claro está, siempre que una vez sancionada la norma esta sea aplicada y no quede en el mero papel, como lamentablemente ha ocurrido con tantas otras figuras que persiguen la misma finalidad.

³³ Nótese que este *retraso legislativo* no es exclusivo de la materia que nos ocupa, pudiendo traerse como ejemplos de valor la necesidad de regular el uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de la Administración Pública –véanse los diferentes trabajos publicados en la obra colectiva *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2019– o la protección de datos personales, como sostuvimos en Gabriel Sira Santana, *Legislación sobre la Protección de Datos Personales en América Latina*, Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas y Centro para la Integración y el Derecho Público, Santo Domingo, 2020.

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS BÁSICAS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Alonso Macías Luís*

Resumen: El presente ensayo tiene como objetivo analizar el incumplimiento de las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos como un supuesto para la determinación de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y policiales, realizando un estudio de las normas constitucionales que rigen la responsabilidad individual por desviación, abuso de poder, y violación de los derechos consagrados en el texto fundamental y los tipos de sanciones establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial aplicables al caso del incumplimiento del decreto contentivo de las normas de actuación.

Palabras clave: Función Pública; Derechos Humanos; Destitución; Responsabilidad.

Summary: The purpose of this essay is to analyze the non-compliance with the basic rules of action of public servants in the field of human rights as an assumption for determining the disciplinary responsibility of public and police officials, conducting a study of the constitutional rules that govern individual responsibility for deviation, abuse of power, and violation of the rights enshrined in the fundamental text and the types of sanctions established in the Law on the Statute of Public Function and the Decree with Rank, Value and Force of Law of the Statute of the Police Function applicable to the case of non-compliance with the decree containing the rules of action.

Key words: Public function; Human rights; Dismissal; Responsibility.

Sumario: 1. Breve consideraciones sobre los derechos humanos en la Constitución de la República y su relación con el ejercicio de la función pública. 2. Contexto previo a la promulgación de las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos. 3. Las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos. 3.1. Noción de servidores públicos. 3.2. Finalidad de las normas. 3.3. Actuación en materia de derechos humanos. 4. La

* Abogado egresado de la Universidad José María Vargas en el año 2006. Especialista en Derecho Administrativo egresado de la Universidad Fermín Toro en el año 2010. Docente de pregrado en las cátedras de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo II, Contencioso Administrativo en la Universidad Fermín Toro. Director Ejecutivo del Escritorio Jurídico Almao, Macías & Asociados.

responsabilidad disciplinaria en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial. **4.1.** Tipos de sanciones disciplinarias. **4.2.** Sanciones dependiendo del grado de las faltas estipuladas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial. **5.** El incumplimiento de las Normas Básicas de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos como causal de destitución. Conclusiones.

1. Breve consideraciones sobre los derechos humanos en la Constitución de la República y su relación con el ejercicio de la función pública

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, contiene una amplia regulación respecto a los derechos humanos, mucho más extensa que la establecida en la derogada Constitución de 1961.

Dentro de la parte dogmática del texto constitucional, encontramos la regulación de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, en el contenido de las normas correspondientes a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, educativos, culturales y ambientales.

Especial referencia merece el capítulo VIII, del título III, contentivo de los artículos 119 al 126, correspondiente a los derechos de los pueblos indígenas que significaron un avance enorme con relación al texto constitucional derogado que en modo alguno hacía mención de estos derechos.

Particular alusión merece el contenido del artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual estipula: “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

Según lo dispuesto en la norma constitucional, los funcionarios públicos que violen o menoscaben los derechos humanos incurrir en responsabilidad dependiendo de la gravedad de la violación a los derechos fundamentales que realicen, pudiendo está ser de naturaleza penal, cuando cometan un delito o falta; civil, la obligación de indemnizar a las víctimas de violaciones

¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, de fecha 30-12-1999, reimpressa por error materia del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, de fecha 24-03-2000.

a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República; y, administrativa, dentro de la cual se incluye la disciplinaria, correspondiéndole a la máxima autoridad del órgano o ente público realizar el procedimiento administrativo de destitución conforme lo dispone la ley.

El contenido del artículo antes citado, reviste especial importancia con relación a la responsabilidad disciplinaria y en general con el régimen de la función pública, en virtud que de la simple lectura de la norma se deduce claramente que los funcionarios públicos incurrir en este tipo de responsabilidad cuando dicten un acto que viole o menoscabe los derechos humanos.

De igual forma, el artículo 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela adquiere valor en materia de responsabilidad disciplinaria por cuanto el mismo dispone: “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó el contenido de este artículo mediante la sentencia N° 1581, de fecha 12-07-2005, en el siguiente sentido: “... el Estado despliega sus múltiples actividades a través de sus órganos, los cuales, en virtud de la ley, se encuentran investidos de potestades públicas que son ejercidas por personas naturales (funcionarios públicos), quienes responden individualmente por los ilícitos que llegasen a cometer en el ejercicio de sus cargos. Así, la responsabilidad que acarrea el ejercicio de la función pública puede ser civil, penal, administrativa y disciplinaria”².

La interpretación realizada por la Sala Constitucional, no hace más que confirmar el contenido del artículo 139 de la Constitución de 1999, al disponer que los funcionarios públicos responden individualmente por los ilícitos que llegasen a cometer, pudiendo ser esa responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria.

Ahora bien, la Constitución como un todo orgánico debe ser interpretada de forma concatenada, por ello la mención a los funcionarios públicos que realiza el fallo de la Sala Constitucional y el artículo 25 de la carta fundamental, encuentra asidero dentro del título IV, capítulo I, sección tercera del mismo texto, correspondiente a la función pública, normas estas que con su implantación dieron un giro con relación al antiguo régimen establecido

² En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1581-120705-04-2534.HTM>

en la derogada Constitución de 1961, y por supuesto durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa.

El primer cambio estipulado dentro del ordenamiento jurídico constitucional es el referido a la importancia de un estatuto de la función pública que regule las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública.

Esta disposición constitucional se materializó con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública³, la cual vino a regular todos los aspectos inherentes a dicha función incluyendo dentro de su articulado las normas referentes a la responsabilidad disciplinaria, los procedimientos administrativos para hacer efectiva dicha responsabilidad y el proceso contencioso administrativo funcionarial que sirve para anular aquellos actos dictados por la Administración Pública que contengan vicios de nulidad, así como, el conocimiento de las vías de hecho y las abstenciones en materia funcionarial.

Dicha norma jurídica también define claramente que son los funcionarios públicos en su artículo 3 al disponer que: "... será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente".

Así mismo, el artículo 145 del texto constitucional venezolano trajo consigo la ratificación del principio por el cual los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Dicha disposición encontraba su fundamento dentro del contenido del artículo 122 de la Constitución de 1961.

El constituyente del año 1999 precisó en la redacción del artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el nombramiento o remoción no puede estar determinado por la afiliación u orientación política⁴.

Un cambio fundamental con relación al régimen constitucional del texto del año 1961, es la mención estatuida en la norma relativa a que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, previendo de manera expresa la excepción en cuanto a los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración. Es decir, que la ampliación del ámbito del funcionario

³ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.522, de fecha 06-09-2002.

⁴ Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, 4° ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 290.

de carrera es la regla general que determina la norma constitucional y por el contrario la excepción son los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, así como, los contratados y obreros de la Administración⁵.

El referido artículo en su parte *in fine*, confiere rango constitucional a los concursos públicos, situación está que no encontraba regulación dentro del texto constitucional derogado, pero sí tenían una previsión dentro del artículo 35 de la extinta Ley de Carrera Administrativa.

Sobre el particular Brewer-Carías señala: “La consecuencia del principio de carrera es que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera deben realizarse mediante concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia”⁶.

Es menester acotar que, sin importar la categoría de funcionario público que sea, todos pueden incurrir en responsabilidad individual cuando mediante un acto, un hecho u omisión violenten los derechos humanos de cualquier generación consagrados en la Constitución de la República como en los tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por la República.

2. Contexto previo a la promulgación de las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos

Desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional en el año 2009⁷, las normas básicas de actuación encuentran asidero legal dentro del ordenamiento jurídico, en vista que el artículo 65 de dicha ley las regula de la siguiente manera:

Son normas básicas de actuación de los funcionarios y funcionarias de los cuerpos de policía y demás órganos y entes que excepcionalmente ejerzan funciones del servicio de policía:

1. Respetar y proteger la dignidad humana, defender y promover los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación por motivos de origen étnico, sexo, religión, nacionalidad, idioma, opinión política, posición económica o de cualquier otra índole.

⁵ Jesús Caballero Ortiz, “Bases constitucionales del derecho de la función pública”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 27.

⁶ Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Ob. cit., p. 290.

⁷ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940, de fecha 07-12-2009.

2. Servir a la comunidad y proteger a todas las personas contra actos ilegales, con respeto y cumpliendo los deberes que les imponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes.
3. Ejercer el servicio de policía con ética, imparcialidad, legalidad, transparencia, proporcionalidad y humanidad.
4. Valorar e incentivar la honestidad y en consecuencia, denunciar cualquier acto de corrupción que conozcan en la prestación del servicio de policía.
5. Observar en toda actuación un trato correcto y esmerado en sus relaciones con las personas, a quienes procurarán proteger y auxiliar en las circunstancias que fuesen requeridas.
6. Velar por el disfrute del derecho a reunión y del derecho a manifestar pública y pacíficamente, conforme a los principios de respeto a la dignidad, tolerancia, cooperación, intervención oportuna, proporcional y necesaria.
7. Respetar la integridad física de todas las personas y bajo ninguna circunstancia infligir, instigar o tolerar ningún acto arbitrario, ilegal, discriminatorio o de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que entrañen violencia física, psicológica y moral, en cumplimiento del carácter absoluto del derecho a la integridad física, psíquica y moral garantizado constitucionalmente.
8. Ejercer el servicio de policía utilizando los mecanismos y medios pertinentes y ajustados a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para la preservación de la paz y la garantía de la seguridad individual y colectiva.
9. Extremar las precauciones, cuando la actuación policial esté dirigida hacia los niños, niñas y adolescentes, así como hacia los adultos y adultas mayores y las personas con discapacidad, para garantizar su seguridad e integridad física, psíquica y moral.
10. Abstenerse de ejecutar órdenes que comporten la práctica de acciones u omisiones ilícitas o que sean lesivas o menoscaben los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o en los tratados internacionales sobre la materia, y oponerse a toda violación de derechos humanos que conozcan.
11. Denunciar violaciones a los derechos humanos que conozcan o frente a los cuales haya indicio de que se van a producir.
12. Asegurar plena protección de la salud e integridad de las personas bajo custodia, adoptando las medidas inmediatas para proporcionar atención médica.

Se colige de lo anterior que las normas están enmarcadas a la actuación policial realizada por los funcionarios prestos a ese servicio, y no van dirigidas en modo alguno a otras categorías de servidores públicos bien sean estos de carrera, libre nombramiento y remoción, contratados o de elección popu-

lar, regulados por la Ley del Estatuto de la Función Pública o por otra norma estatutaria especial.

También, se deduce del contenido del artículo 65 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, que no todas las normas de actuación van dirigidas a proteger y garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la existencia de esas normas básicas de actuación contenidas en una ley de carácter orgánico que regula la organización y funcionamiento de un servicio público esencial prestado únicamente por el Estado como lo es el de policía, en los años posteriores a su publicación el accionar de los funcionarios policiales adscritos a los distintos cuerpos de policía ha sido violatorio de los derechos humanos consagrados en la Constitución de 1999 y en los tratados internacionales que regulan la materia.

En tal sentido, el Informe Anual del 2014, elaborado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)⁸, reflejó la grave situación en relación a estos, en específico por el control de las manifestaciones populares producto del descontento generalizado por la situación política, económica y social de ese entonces. El aparte 381 del mencionado informe estipula lo siguiente:

381. En relación con las detenciones de manifestantes, la CIDH ha sido informada sobre un supuesto contexto de “detenciones masivas” y un alto número de detenciones que se habrían llevado a cabo sin orden judicial, con falta de presentación oportuna ante una autoridad judicial, y con el supuesto impedimento de contacto inicial con abogados y familiares. La Comisión también recibió información que indica que varias de las detenciones se realizaron en un contexto en el cual *agentes de la fuerza pública realizaron supuestos allanamientos ilegales y arbitrarios en la búsqueda de personas supuestamente involucradas en las protestas*, y se denunció una supuesta práctica de “imputaciones genéricas” de delitos a personas que eran detenidas de forma grupal y sin que existiera una descripción individualizada de la conducta que presuntamente acarrearía su responsabilidad penal. (Cursivas nuestras).

Cabe recordar que dentro de los derechos humanos consagrados en la Constitución de 1999, encontramos la inviolabilidad del hogar doméstico, el cual solamente podrá ser allanado mediante orden judicial para impedir la perpetración de un delito o para cumplir las decisiones dictadas por los tribunales, en consecuencia, los funcionarios actuantes siempre deberán respetar la dignidad de la personas involucradas en el hecho.

⁸ En <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2014/docs-es/Anual2014-cap4Venezuela.pdf>

Por lo tanto, en el contexto de las manifestaciones del año 2014, los funcionarios de los distintos cuerpos policiales del Estado incumplieron con sus obligaciones inherentes a la protección de los derechos humanos consagradas en el texto constitucional, así como, con las normas de actuación consagradas en el citado artículo 65 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, teniendo como indefectible consecuencia que los funcionarios actuantes en esos allanamientos ilegales señalados en el informe de la Comisión se encuentren dentro del supuesto jurídico contenido en el artículo 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, tienen una responsabilidad individual penal, civil, administrativa y disciplinaria pudiendo ser destituidos del ejercicio de la función pública.

A pesar de esa apreciación, no existen cifras oficiales emitidas por el Cuerpo de Policía Nacional en relación con las actuaciones que en materia disciplinaria debió emprender dicho organismo en contra de los funcionarios actuantes por la violación de los derechos humanos durante las manifestaciones acaecidas en el año 2014.

Las únicas cifras existentes fueron aportadas por el Ministerio Público el 05-05-2014 a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, reflejadas en el aparte 383 del informe anual emitido ese año, en la cual solo señaló sobre la responsabilidad penal que: “había iniciado 142 investigaciones por ‘presunta vulneración de derechos por parte de funcionarios policiales’ (139 por ‘trato cruel’, ‘2 casos por homicidio consumado’, y 1 caso de tortura). El Estado informó que por estos hechos, 17 funcionarios se encontraban privados de libertad, 3 con medida sustitutiva de libertad y 5 con ‘órdenes de aprehensión por ejetar’”.

La conducta de los 142 funcionarios policiales referidos en la información aportada por el Ministerio Público a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, encuadra en las causales de destitución establecidas en los numerales 2, 6 y 9 del artículo 97 de la Ley del Estatuto de la Función Policial⁹, vigente para la fecha de la ocurrencia de los hechos, reformada posteriormente mediante ley habilitante en el año 2015¹⁰, teniendo como circunstancia agravante el haber actuado mediante un plan que manifiesta una modalidad operativa, es decir, realizando allanamientos sin orden judicial, infringiendo tratos crueles y torturas en contra de los presuntos mani-

⁹ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940, de fecha 07-12-2009.

¹⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Policial, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.210, de fecha 30-12-2015.

festantes, según lo dispone el numeral 1 del artículo 99 de la mencionada norma estatutaria.

Sin embargo, no existe certeza sobre si a esos funcionarios policiales les fue aplicada la medida disciplinaria de destitución por parte del cuerpo policial respectivo, esta incertidumbre se deriva de la ausencia absoluta de informes de gestión que reflejen la aplicación de las normas en materia funcionarial.

La situación de los derechos humanos no mejoró para los años siguientes. En el Informe Anual del 2015, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, nuevamente detectó unaviolación a los derechos fundamentales por parte de los funcionarios públicos prestos al servicio policial, en tal sentido, la Comisión destaca en los apartes 33 y 34, lo siguiente:

33... durante las audiencias públicas sobre la situación general de los derechos humanos en Venezuela, celebradas en marzo y octubre de 2015, las organizaciones participantes... se refirieron a la documentación de 590 casos de presuntas ejecuciones extrajudiciales y 51 de presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes para el período de enero a junio de 2015, lo cual implicaría conforme al monitoreo realizado para el mismo período en 2014, un incremento de 18% para ejecuciones extrajudiciales y 28% de denuncias sobre supuestas torturas presuntamente cometidas por agentes estatales.

34... en un monitoreo realizado por COFAVIC en 23 estados del país, de enero a julio de 2015, se contabilizaron 641 casos de presuntas violaciones de DDHH, en los que 590 corresponden a presuntas ejecuciones extrajudiciales, lo que representa un aumento de un 18% de estos casos, con respecto al mismo período del año 2014 y un incremento de 24% en lo que respecta a casos de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En el 54% de los casos analizados, entre los cuerpos de seguridad presuntamente implicados destacan las policías estatales y municipales y en un 30% la presunta participación de funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC). De acuerdo con el estudio, el 60% de las muertes ocurren bajo la modalidad de operativos¹¹.

Según lo señalado en el informe emitido por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, los funcionarios adscritos a los cuerpos de policiales estatales y municipales incurrieron en responsabilidad individual tanto en materia penal como disciplinaria por la violación al derecho a la

¹¹ En <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeannual2015-cap4-venezuela-es.pdf>

vida y al respeto a la integridad física, psíquica y moral a los derechos humanos.

Así mismo, según lo preceptuado en los numerales 2, 6 y 9 del artículo 91 de la Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación¹², las personas adscritas al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), incurrir en causales de destitución por las violaciones a los derechos humanos correspondientes a las ejecuciones extrajudiciales, las torturas y maltratos crueles reseñadas en el informe de la Comisión.

A pesar de ello, reiteramos que no existen cifras oficiales sobre la gestión en materia funcionarial emitido por las máximas autoridades de los cuerpos de policías estatales y municipales, ni tampoco por los funcionarios de dirección del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Por otro lado, el informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos también refleja la violación al derecho de libertad de expresión de los trabajadores de la prensa libre, por parte de funcionarios policiales. A modo de ejemplo, traemos a colación dos casos reseñados en el informe:

El *primero* correspondiente a la denuncia interpuesta por el periodista Luís Córdoba del diario El Tiempo de Anzoátegui, en contra de la actuación desproporcionada de efectivos de la Policía Municipal de Anaco y de la Policía Nacional Bolivariana, agrediéndolo físicamente mientras cubría una protesta frente a la Alcaldía del Municipio Anaco del Estado Anzoátegui¹³.

En ese caso, la actuación desplegada por los funcionarios policiales nacionales y municipales se encuentra en contravención de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, relativo al respeto a la integridad física, estipulando la misma norma que los funcionarios que incurran en esa conducta será sancionado de acuerdo a la ley, siendo que en materia disciplinaria se encuentran incursos en las causales de destitución antes señaladas.

El *segundo* ejemplo reflejado en el informe de la Comisión, corresponde a la detención sin orden judicial y a las agresiones físicas y psíquicas sufridas por la periodista Beatriz Lara y el reportero gráfico Alfredo Paradas del diario El Araguense por parte de funcionarios del Cuerpo de Investigación Cien-

¹² Publicada en Gaceta Oficial N° 39.945, de fecha 15-06-2012.

¹³ Informe Anual 2015, p. 688.

tíficas, Penales y Criminalísticas, el 19-06-2015, mientras cubrían el traslado de presos de alta peligrosidad en Villa de Cura, Estado Aragua¹⁴.

Sobre este caso en particular, el Estado venezolano reportó a la Comisión que los funcionarios policiales actuantes fueron imputados por la presunta Comisión de los delitos de lesiones, privación ilegítima de libertad y tratos inhumanos, crueles y degradantes, es decir, tienen una responsabilidad penal por el hecho delictual cometido, y en consecuencia una responsabilidad de tipo disciplinaria como lo preceptúa la norma estatutaria que rige a los miembros de la policía de investigación.

Para el año 2016, la situación con relación a los derechos humanos en Venezuela distaba mucho de mejorar. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, nuevamente, reportó mediante su informe anual la violación de diversos derechos humanos cometidos por funcionarios policiales en el marco de la Operación de Liberación del Pueblo (OLP), bajo el siguiente *modus operandi*:

...esta operación lleva a cabo allanamientos sorpresivos, masivos e ilegales, por fuerzas policiales y militares, de hogares en sectores humildes en cuyo contexto se han producido graves violaciones a los derechos fundamentales, sin que los agentes estatales rindan cuentas de su accionar. Señalaron que en 24 de estos operativos se realizaron 14,000 detenciones masivas y arbitrarias, de las que solo 100 habrían sido imputadas. Indicaron que en los operativos de la OLP 445 personas han muerto.

Las organizaciones participantes indicaron que han recibido el testimonio directo de las víctimas respecto a que, por lo menos, 20 personas habrían sido ejecutadas tras haber sido neutralizadas. Asimismo, indicaron que se trata de allanamientos llevados a cabo durante la noche, con robo de enseres, destrucción de propiedad, incendio de viviendas y que en las detenciones no se les comunica las causas de las mismas. Denunciaron una respuesta insuficiente del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo. Señalaron que la OLP repite las actuaciones irregulares de las fuerzas policiales que ya habían sido identificadas desde 2006 por la Comisión Nacional de Reforma Policial y que viola la Constitución respecto a que los órganos de seguridad ciudadana sean de carácter civil¹⁵.

Todos estos allanamientos sin orden judicial realizados en el marco de la Operación de Liberación del Pueblo, violentan los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual requiere por parte de los organismos competentes no sólo la investiga-

¹⁴ *Ibíd.*, p. 689.

¹⁵ En <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.Venezuela-es.pdf>

ción para la determinación de responsabilidades penales de los funcionarios actuantes, también es necesaria la apertura de los procedimientos administrativos disciplinarios correspondientes en base a las normas estatutarias que rige la función policial.

Así mismo, el citado informe anual del año 2016, indaga sobre situaciones en donde nuevamente la actuación de los funcionarios policiales de los distintos cuerpos de seguridad del Estado, violentan los derechos humanos consagrados en la Constitución de 1999 y los tratados internacionales que rigen la materia.

Al efecto, podemos ejemplificar la situación con el caso de los periodistas Fabiana Delgado y Humberto Matheus del diario La Versión; José Antonio González y María Fuenmayor de La Verdad; Ángel Romero y José López de Noticia al Día, quienes el 28-03-2016 fueron retenidos, golpeados, intimidados y amenazados por efectivos de la Policía del Estado Zulia mientras documentaban la cobertura de una confrontación entre los detenidos y custodios del centro de detención preventiva El Marite de dicha entidad territorial¹⁶.

El informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, no se limitó a señalar únicamente la actuación violatoria de los derechos humanos por parte de los funcionarios policiales, sino que también, acotó las declaraciones estigmatizantes de los Altos Funcionarios Públicos entre ellos el Presidente de la República Nicolás Maduro y el Diputado de la Asamblea Nacional y Primer Vicepresidente del Partido Socialista Unido de Venezuela Diosdado Cabello, quienes señalan que los dueños y miembros de los medios de comunicación social forman parte de un presunto intento de golpe de estado impulsado por gobiernos extranjeros.

Sobre el particular, el informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos cita el contenido de la sentencia del 28-01-2009 emanada de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso: Perozo, Ríos y otros contra Venezuela, en la cual se reitera que:

...los funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituirse en formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisa-

¹⁶ *Ibíd.*, p. 677.

mente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado¹⁷.

En consecuencia, las declaraciones de los funcionarios públicos deben propender al respeto y garantía de los derechos humanos, por tanto, al momento de emitir comentarios públicos no pueden desconocer la existencia de los derechos fundamentales de los individuos.

Ahora bien, en el caso particular señalado por el informe de la Comisión, se debe acotar que los altos funcionarios públicos también pueden ser sujetos a la declaratoria de responsabilidad penal, civil o administrativa, siendo que en supuesto de la responsabilidad por violación a los derechos humanos derivados de la comisión de un delito éstos cuentan con prerrogativas especiales que limitan el ejercicio de cualquier acción penal en su contra sin el cumplimiento previo de estos procedimientos, dichos procesos se encuentran reconocidos en el contenido de los numerales 2 y 3 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con relación a la responsabilidad disciplinaria la misma no es aplicable a los funcionarios de elección popular, como es el caso de los señalados en el informe de la Comisión, sin embargo, esta sí puede ser declarada con lugar a los funcionarios de carrera, bien sea que presten servicio en un órgano de seguridad ciudadana o en cualquier otra institución pública, conforme a las normas estatutarias que rigen la materia.

3. Las Normas Básicas de Actuación de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos

Bajo ese contexto de violaciones constantes a los derechos humanos, el Presidente de la República en el año 2017, emite el Decreto N° 2.654, contenido de las Normas Básicas de Actuación de los Servidores y Servidoras Públicas¹⁸, el cual encuentra sustento en los valores superiores contenidos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Plan Nacional de Derechos Humanos 2016 – 2019¹⁹.

Las normas básicas de actuación en materia de derechos humanos tienen como objeto el establecimiento de principios y criterios de obligatorio cumplimiento en la actuación de los servidores públicos a los fines de forta-

¹⁷ *Ibíd.*, p. 680.

¹⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 41.069, de fecha 06-01-2017.

¹⁹ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.218, de fecha 02-03-2016.

lecer el respeto, garantía y protección de los derechos humanos en el territorio nacional.

Es importante señalar que estas normas van dirigidas a los funcionarios, empleados, contratados y obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, excluyendo de su aplicación a aquellos que ejerzan una función en el Poder Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral, como se colige del exhorto realizado en el artículo 4 sobre la incorporación de las normas contenidas en el decreto dentro de los estatutos vinculados con los poderes públicos mencionados.

Con respecto a los órganos y entes del Poder Estatal y Municipal, las normas de actuación no hacen mención alguna sobre su aplicabilidad dentro de estos niveles territoriales.

Así mismo, existe un lineamiento directo sobre la inclusión de las normas en los procesos de ingreso, formación continua y ascenso de los servidores públicos regulados en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

3.1. Noción de servidores públicos

En el párrafo único del artículo 1 de las normas básicas de actuación en materia de derechos humanos se establece una definición de lo que debe entenderse por servidor público en el siguiente sentido: "...A los fines de este Decreto se entiende por servidores públicos y servidoras públicas todo el personal que ejerce la función pública, así como el personal contratado y obrero, de conformidad con las leyes aplicables".

El decreto asimila el concepto de servidor público con todas aquellas personas que prestan un servicio para la Administración Pública, sin importar la diferenciación técnica que existe entre funcionario público, empleado público, contratado y obrero.

Situación similar ocurre con lo estipulado en el Código de Conducta de los Servidores Públicos, al disponer que: "las expresiones 'funcionario público', 'empleado público' y 'servidor público' tendrán un mismo y único significado"²⁰.

Es menester conceptualizar cada categoría a los fines de un mejor entendimiento de lo dispuesto en la norma, en tal sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública define a los funcionarios públicos como toda persona

²⁰ Publicado en Gaceta Oficial N° 36.496, de fecha 15 de julio de 1998.

natural, que en virtud de nombramiento ejerce una función pública remunerada con carácter permanente.

Al efecto LARES MARTÍNEZ desarrolla los elementos que trae consigo esa definición de la siguiente manera:

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... es indispensable que el individuo... participe en el ejercicio de funciones públicas, cualquiera sea la naturaleza de éstas... 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 autónomo²¹.

En cuanto a los empleados públicos para DE PEDRO esta expresión es: "... más genérica, más extensa; engloba tanto a los propios funcionarios públicos sometidos a un régimen particular (generalmente estatutario) como a otros servidores públicos regulados por el derecho ordinario o común, en especial por el Derecho del Trabajo, como es el caso de los contratados u otros"²².

Podemos afirmar entonces que las nociones de funcionario público y empleado público no son similares, en un sentido estricto, aunque en la *praxis* no tiene ninguna utilidad intentar diferenciar ambas categorías dado que dentro del ordenamiento jurídico tienen un alcance equivalente.

En relación a los contratados, según lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sólo se procederá por la vía contractual en aquellos casos en que se requiera de un personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por un tiempo determinado.

A pesar de que la norma es clara en su redacción, los órganos y entes de la Administración Pública han utilizado la vía contractual como una fórmula cotidiana para el ingreso de las personas a los cargos públicos que son de carrera según lo establecido en la Constitución de 1999.

Esta situación trajo como consecuencia una nueva categoría de funcionarios públicos como son los de hecho, quienes son aquellos individuos que ejercen funciones públicas como si fueran verdaderos funcionarios como consecuencia de una investidura irregular pero admisible²³.

²¹ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 12° ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 360-361.

²² Antonio De Pedro Fernández, *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, pp. 56-57.

²³ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Ob. cit., pp. 399-400.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 189, de fecha 11-03-2015, recaída en el caso: Carmen Gallardo, estableció sobre esta particular categoría de funcionarios públicos lo siguiente:

...antes de la Carta Magna de 1999 se admitió que las personas que habían sido designadas o prestaban sus servicios de manera irregular, bien como funcionarios de hecho o contratados, adquirirían estabilidad con el mero transcurso del tiempo. La entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela modificó tal situación e impide que se ingrese a la carrera funcional en circunstancias anómalas, sin que ello suponga menoscabo del derecho que tienen los empleados designados o contratados a percibir los beneficios económicos derivados de la efectiva prestación de servicios, aun cuando no gocen de estabilidad.

Esta categoría de empleados públicos (designados, contratados, temporales y suplentes) se encuentran (al igual que los funcionarios de libre nombramiento y remoción), sometidos a una relación especial de sujeción que puede concluir a consecuencia de múltiples causas que son o no dependientes de la voluntad del Estado. Entre las circunstancias que dependen de la voluntad del Estado denominadas por la doctrina como causas generales, figura la revocación como una causa excepcional y correlativa a la facultad de nombrar a los empleados públicos cuya designación no está reglada, es decir, que opera sobre aquellos empleados públicos que no han ingresado por concurso²⁴.

La Sala reconoce la existencia de los funcionarios de hecho al garantizar que estos tienen beneficios económicos que se derivan de la prestación del servicio, y al estipular como una de las causas de terminación de esa especial relación de empleo público a la revocación de los contratos emitidos por los órganos y entes de la Administración Pública que afectan la carrera funcional dispuesta tanto en las normas constitucionales como legales.

Esta especial categoría de funcionarios públicos entraría dentro de la noción de servidor público que dispone las normas básicas de actuación en materia de derechos humanos.

Caso particular sucede con los obreros al servicio de la Administración Públicas quienes según lo dispone el artículo 6 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras²⁵, se encuentran amparados por las disposiciones contenidas en esa norma y las que regulan la seguridad social.

Es decir, los obreros no están amparados por las normas estatutarias sino por la legislación laboral, a pesar de ello, sí entran dentro de la noción

²⁴ En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175199-189-11315-2015-14-1147.HTML>

²⁵ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.076, de fecha 07-05-2012.

de servidores públicos regulada en las normas de actuación en materia de derechos humanos, por lo cual, también tienen la obligación de asegurar el respeto, garantía y protección de los derechos humanos de las personas.

Compartimos plenamente el criterio expresado por ROJAS PÉREZ quien al analizar el punto sobre los sujetos de aplicación en el Código de Conducta de los Servidores Públicos estipuló que: "...estamos convencidos que la intención del reglamentista, más allá de hacer esta equiparación, fue la de dirigir la aplicación de dicho reglamento a todos los empleados al servicio de la Administración Pública, en su sentido más amplio"²⁶.

Similar situación ocurre con la noción de servidores públicos dada por las normas básicas de actuación en materia de derechos humanos, en el sentido que la Presidencia de la República dirigió la aplicación del decreto a todas las personas que prestan servicio en los órganos y entes de la Administración Pública, sin hacer una diferenciación técnica entre funcionarios, empleados, contratados u obreros, por lo cual, todos están sujetos a la aplicación de la mencionada norma.

3.2. Finalidad de las normas

El decreto presidencial contenido de las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos, tiene cinco grandes fines los cuales van dirigidos a: (i) asegurar el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales de los individuos; (ii) contribuir al fortalecimiento institucional de los órganos y entes de la Administración Pública en relación con el incremento de la eficiencia en la protección de esos derechos; (iii) promover la cultura del respeto a los referidos derechos en el Estado; (iv) garantizar que la actuación de los servidores públicos se desarrolle con apego a los valores y principios desarrollados en la Constitución y en los tratados internacionales que regulan la materia; y (v) contribuir a que las actividades desplegadas por los servidores del Estado sea ética, honesta, imparcial, expedita, sin dilaciones indebidas, eficaz, eficiente y con calidad.

Es de hacer notar que los fines de las normas básicas son un desarrollo de los principios por los cuales se fundamenta la actuación de la Administración Pública, contenidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²⁶ Manuel Rojas Pérez, "Principios del Código de Conducta de los Servidores Públicos", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 2, Universidad Monteávila, Caracas, 2014, p. 142.

3.3. Actuación en materia de derechos humanos

El artículo 3 de las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos dispone de una amplia gama de orientaciones que buscan en definitiva la protección, el respeto y la garantía de esos derechos fundamentales.

El mencionado artículo dispone de catorce numerales que tienen relación directa con las garantías estipuladas en el texto fundamental sobre el goce y ejercicio irrenunciable de los derechos humanos; el principio de igualdad ante la ley; los distintos aspectos que componen el debido proceso; la prohibición de dictar actos que violen o menoscaben esos derechos sin que le sirvan de excusa órdenes superiores; así como, el deber de brindar protección a las personas especialmente vulnerables, tales como los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con diversidad funcional, salvaguardando sus derechos fundamentales en caso de alguna posible violación.

Especial referencia merece el numeral 8 del referido artículo, el cual dispone una prohibición expresa a los servidores públicos de ordenar, realizar, admitir, tolerar o promover amenazas o violaciones a los derechos humanos, teniendo como consecuencia para aquellos servidores públicos que incurran en cualquiera de estas conductas la declaratoria de responsabilidad en el ámbito penal, civil, administrativo y disciplinario, como puede ser la destitución del cargo que ejerzan dentro de los órganos y entes que componen la Administración Pública Nacional.

4. La responsabilidad disciplinaria en la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial

Debemos iniciar este punto trayendo a colación la conceptualización realizada por CANÓNICO SARABIA sobre la responsabilidad disciplinaria, siendo que esta es: "...aquella que, luego del procedimiento correspondiente, declaran las máximas autoridades de los propios organismos públicos donde laboran los funcionarios a quienes ella afecta, cuando tales empleados hayan incumplido sus deberes en la función pública, sin que exista una ra-

zón que excuse su conducta lo cual conduce a que les amoneste, suspenda o destituya. Dicha responsabilidad no comporta una sanción pecuniaria”²⁷.

Según el autor, la responsabilidad disciplinaria es aquella en la que incurren los funcionarios públicos cuando incumplan con sus deberes inherentes al puesto de trabajo sin que medie ninguna excusa que justifique su accionar.

De igual forma, LARES MARTÍNEZ también aporta al tema explicando que: “incurre en responsabilidad... el agente público que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio... Las infracciones a los deberes del funcionario, se sanciona con medidas disciplinarias”²⁸.

La doctrina nacional afirma que cuando el funcionario público por acción u omisión incumplan con sus deberes, sin que exista ninguna excusa válida que ampare su conducta, afectando con su actuar el buen funcionamiento que debe imperar dentro de la función pública, incurre en responsabilidad disciplinaria pudiendo ser amonestado, suspendido o destituido dependiendo de la gravedad de la falta.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia N° 2018-0028, de fecha 31-01-2018, recaída en el caso: Ali Pérez Silva contra el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, estableció sobre el régimen disciplinario de la Administración Pública, lo siguiente:

...el fundamento principal de la existencia de un régimen disciplinario reside en la necesidad que tiene la Administración, como organización prestadora de servicios, de mantener la disciplina interna y de asegurar que los funcionarios cumplan las obligaciones inherentes a su cargo, el incumplimiento de los deberes del funcionario o la incursión de éstos en alguna causal contemplada en la Ley como falta conlleva a la imposición de una sanción por parte de la Administración, ello con el fin de evitar el desequilibrio institucional que pudiera ser generado por desacatos a las normas reguladoras del organismo público²⁹.

Lo expresado por la Corte Primera adquiere relevancia en cuanto afirma que la Administración Pública ostenta la facultad legal de mantener la disciplina interna, asegurándose que los funcionarios que incumplan las normas y obligaciones inherentes a su cargo sean sancionados conforme a los proce-

²⁷ Alejandro Canónico Sarabia, “El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario público”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 16, Universidad Monteávilla, Caracas, 2018, pp. 95-96.

²⁸ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Ob. cit., p. 411.

²⁹ En <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2018/ENERO/1477-31-AP42-R-2014-000956-2018-0028.HTML>

dimientos legales dispuestos en las normas estatutarias, con el fin último de evitar la existencia de un desequilibrio institucional, y en el caso particular de una posible amenaza o violación de un derecho fundamental del particular.

Es así que la legislación nacional en materia funcionarial regula en el título VI, las responsabilidades y el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Al efecto, cabe destacar el contenido del artículo 79 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es cual dispone que los funcionarios públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones.

El mencionado artículo no es más que un desarrollo del dispositivo constitucional que regula la responsabilidad individual en el ejercicio de la función pública.

En el caso de la función policial, el decreto ley dispone en su artículo 88, que los distintos cuerpos policiales desarrollarán un sistema de supervisión continua y regular de sus funcionarios, con el fin de identificar las posibles desviaciones en el cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo intervenir a fin de corregir y subsanar las situaciones que incidan en el deficiente desempeño de dicha función.

Esto resulta un indicativo de la naturaleza preventiva del régimen sancionatorio de los funcionarios policiales, ello en base de la labor particular que estos desempeñan, así como, en razón de los bienes jurídicos a los que ellos están llamados a tutelar motivado a sus funciones³⁰.

En consecuencia, el régimen regulado en la Ley del Estatuto de la Función Pública responde al desarrollo constitucional de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos. En cambio, el desarrollado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial encuentra basamento en la idea preventiva de las sanciones que puedan ser impuestas a los agentes policiales en razón de la labor que prestan y los bienes que protegen en el ejercicio de sus obligaciones legales.

³⁰ Iván D. Paredes Calderón, “La función policial: un régimen funcionarial sui generis”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 20-22, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018, p. 27.

4.1. Tipos de sanciones disciplinarias reguladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública

La Ley del Estatuto de la Función Pública regula en el capítulo II del título VI, correspondiente a los artículos 82 al 88, dos tipos de sanciones disciplinarias. A saber:

(i) La amonestación escrita está establecida en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y constituye la sanción menos grave dentro del régimen disciplinario, pretendiendo el legislador con la implantación de la misma que la Administración Pública sancione al funcionario cuando se encuentre incurso en hechos que atentan contra la buena prestación del servicio, que por su gravedad no ameritan la destitución, sin embargo, deben ser igualmente controlados por el órgano o ente público³¹.

(ii) La destitución como lo señala el maestro LARES MARTÍNEZ significa:

...la manifestación unilateral de la Administración mediante la cual el agente queda definitivamente separado del cargo. La facultad de destituir puede ser discrecional o reglada. Es discrecional cuando la autoridad que la ejerce puede obrar con prudente arbitrio, por los motivos que estime convenientes, sin obligación de expresar las razones de su decisión; es lo que ocurre cuando son funcionarios de libre nombramiento y remoción. La destitución es reglada, cuando sólo puede ejercer esa facultad, fundada en causales determinadas en la Ley, y después de cumplidos los trámites de procedimiento legal establecido al efecto; es lo que ocurre cuando se trata de los funcionarios de carrera, los cuales no pueden ser destituidos, sino en razón de ser las irregularidades... y previo estudio del expediente elaborado por la respectiva oficina de personal³².

Esta manifestación de voluntad de la Administración trae como consecuencia que el funcionario público deba separarse definitivamente del cargo que viene ejerciendo, pudiendo ser discrecional o regladas. Así mismo, DE PEDRO expresa sobre la destitución que esta “constituye la sanción disciplinaria más grave, pues con esta se rompe la relación de empleo público existente entre el funcionario y la Administración, afectando así la esencia misma de la carrera administrativa y actuando contra el derecho básico de los funcionarios de carrera: la estabilidad”³³.

³¹ Thairy Daza, “Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, *Anuario de la Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017, p. 61.

³² Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Ob. cit., p. 397.

³³ Antonio De Pedro Fernández, *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, 2° ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004, p. 89.

Sobre este punto, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la destitución es la sanción disciplinaria más severa de las establecidas en la ley, por cuanto implica una ruptura en la relación de empleo público, presuponiendo la comisión de una falta ocasionando el egreso del funcionario de la Administración por la comprobación de hechos de extrema gravedad que comprometen su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones³⁴.

En consecuencia, al incurrir el funcionario público en alguna de las causales de destitución establecidas en la ley, le corresponde al órgano público iniciar el procedimiento administrativo correspondiente otorgando todas las garantías derivadas del debido proceso para comprobar la veracidad de los hechos y así dar por finiquitada la relación de empleo público sostenida con la persona que ejerce la función pública.

4.2. Sanciones dependiendo del grado de las faltas estipuladas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial

Como señalamos anteriormente, el régimen disciplinario estipulado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial, tiene una naturaleza preventiva, en el cual el legislador estableció un sistema sancionatorio por grados en atención a la magnitud de la falta cometida.

Dicha clasificación se ordena dependiendo de la gravedad de la falta en más leves, leves, menos graves y graves, teniendo como objetivo la orientación de los órganos de control interno de los cuerpos de policía en la aplicación de las medidas.

(i) Las faltas más leves son sancionadas como lo dispone el artículo 94 de la norma estatutaria en materia de función policial con un llamado de atención, el cual consiste en una medida disciplinaria de señalamiento escrito realizado por el supervisor directo en contra del agente policial por encontrarse incurso en una de las causales dispuestas en la ley como falta más leve.

³⁴ CSCA N° 2017-0822, de fecha 08-11-2017. Caso: Gladys Carreño contra el Instituto Autónomo de Policía del Estado Bolivariano de Miranda, en <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2017/NOVIEMBRE/1478-8-AP42-R-2016-000728-2017-0822.HTML>

(ii) Las faltas leves serán sancionadas mediante la aplicación de la medida de asistencia voluntaria, que consiste en: “la participación del funcionario o en un programa corto de supervisión correctiva en el área o materia correspondiente a la falta leve que fue cometida y que podrá estar a cargo del supervisor directo del funcionario o de algún otro supervisor, o unidad de reentrenamiento y formación, dentro del correspondiente cuerpo policial con una duración que no excederá de ocho horas”³⁵.

(iii) Las faltas menos graves son sancionadas con la medida de asistencia obligatoria, siendo esta correspondiente al sometimiento del funcionario policial a cumplir con un programa de supervisión intensiva de corrección, a cargo del supervisor directo del agente, teniendo una duración que no podrá exceder de las cuarenta (40) horas.

(iv) Por último, sobre las faltas graves es importante resaltar que la Ley del Estatuto de la Función Policial del año 2009 estipulaba este supuesto como *causales de destitución*, pero ello fue modificado con la reforma del año 2015 en donde se pasó a denominar a estas causales como faltas graves³⁶.

En todo caso, las faltas graves como lo establece el Decreto Ley del Estatuto de la Función Policial conllevan a la destitución del prestador de servicio, debiendo separarse definitivamente del cargo, correspondiéndole al Consejo Disciplinario de Policía ponderar las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan presentarse.

5. El incumplimiento de las Normas Básicas de los Servidores Públicos en Materia de Derechos Humanos como causal de destitución

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene un carácter supremo sobre cualquier otra norma legal dentro del ordenamiento jurídico, en consecuencia, es la esencia del derecho positivo, teniendo una fuerza vinculante sobre los órganos que componen el Poder Público, los operadores jurídicos y los particulares³⁷.

Siendo de este modo, las normas contenidas en el texto fundamental, aun cuando no regulan todos los supuestos concretos, sirve como base fun-

³⁵ Iván D. Paredes Calderón, “La función policial”, Ob. cit., p. 28.

³⁶ Ibíd., p. 25.

³⁷ Antonieta Garrido de Cárdenas, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, p. 94.

damental para determinar consecuencias jurídicas en asuntos particulares que deban ser resueltos por la Administración Pública y por los tribunales.

Es así que en el caso que nos atañe la Constitución de 1999 estipula de forma clara el obligatorio respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los órganos y entes del Estado, al igual que la responsabilidad individual que acarrea la desviación y abuso de poder o la violación a las disposiciones contenidas en el texto fundamental, tales como las normas que regulan los derechos humanos de cualquier generación.

Concatenado con la normativa que dispone la responsabilidad individual encontramos a la que establece la nulidad de todo acto dictado por el Poder Público que viole o menoscabe los derechos humanos, correspondiéndole a los funcionarios públicos que ordenen o ejecuten dicha violación la declaratoria de responsabilidad en el ámbito penal, civil y administrativo, dependiendo del caso concreto, sin que le sirva al servidor público de excusa el haber actuado bajo órdenes superiores.

Estas disposiciones constitucionales encuentran un desarrollo legislativo en el texto del artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública³⁸, el cual estipula que los funcionarios públicos están obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución, pudiendo incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en el texto constitucional.

De este modo se encuentra un sustento jurídico para la creación en el año 2017 de las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos y la posibilidad de determinar la responsabilidad disciplinaria de algún funcionario público que se encuentre incurso en el incumplimiento de las referidas normas.

El problema surge en virtud que dentro de las causales taxativas expresadas en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, ninguna encuentra referencia a la violación de algún derecho humano o el incumplimiento reiterado de alguna normativa de carácter sub legal que proteja esos derechos comprometiendo con ese accionar la prestación del servicio, esto motivado a que la legislación estatutaria es anterior a las normas de actuación.

Del contenido de ese artículo se colige que las más asimilables al caso concreto son las contenidas en los numerales 2 y 4, las cuales disponen: “2. El incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones

³⁸ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147, de fecha 17-11-2014.

encomendadas” y “4. La desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria pública, salvo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal”.

Con relación al incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, haciendo un análisis concatenado del artículo 8 de la Ley Orgánica de Administración Pública y del numeral 1 del artículo 3 de las normas básicas de actuación, encontramos que todos los funcionarios públicos están obligados a cumplir y hacer cumplir la Constitución, es decir, es un deber inherente a toda persona que ostente un cargo público, sin importar su categorización, así mismo, el decreto dispone que la actuación de los servidores debe estar dirigida a respetar, garantizar y proteger los derechos humanos, por lo cual, cuando un agente del Estado en el cumplimiento de sus funciones no respeta, garantice o proteja estos derechos no solamente está infringiendo los deberes que comporta el acatamiento del texto fundamental sino que también por acción u omisión, dependiendo del caso concreto, puede encontrarse ante una situación de quebrantamiento de los derechos fundamentales del individuo.

Si bien es cierta esta solución es un tanto compleja, no es menos cierto que los funcionarios que le correspondan la sustanciación y decisión del procedimiento administrativo de destitución podrían enmarcar la conducta del servidor público en el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes a su cargo, concatenando las normas jurídicas antes esbozadas, todo esto con la finalidad que el acto administrativo declaratorio de la responsabilidad disciplinaria no sea anulado por violación al principio de tipicidad contenido en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución de 1999.

Es importante acotar que para que los funcionarios que les corresponde el conocimiento del asunto puedan utilizar esta vía, deben verificar que el incumplimiento de esas obligaciones sea reiterado, configurándose este requisito: “cuando se incumple dos o más veces los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas, siempre que tal incumplimiento previo haya sido sancionado”³⁹.

Con respecto al numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública correspondiente a la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato, es menester acotar que dentro de los principios dispuestos en la ley que regula a la Administración Pública encontramos al de jerarquía, el cual establece que los distintos órganos y

³⁹ Thairy Daza, “Las causales de destitución”, Ob. cit., p. 64.

entes de la administración están ordenados de manera jerárquica, siendo que los órganos inferiores están sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los superiores, teniendo como consecuencia que ese incumplimiento acarrea responsabilidad del funcionario actuante.

Cabe recalcar que según la ley estatutaria le corresponde al Presidente de la República ejercer la dirección de la función pública, siendo que dicha autoridad fue la que dictó las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos, por lo cual, según lo preceptuado en el artículo 1 del decreto las referidas normas establecen criterios y principios de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios públicos, correspondiéndole a las máximas autoridades de los órganos y entes del Estado y a los funcionarios que ejercen funciones de supervisión de personal garantizar el respeto y cumplimiento de lo dispuesto en el decreto.

En consecuencia, cuando un servidor público desobedezca la orden de acatamiento de cualquiera de las normas de actuación en materia de derechos humanos dada por el supervisor inmediato, el funcionario incurre en responsabilidad disciplinaria configurándose así una causal de destitución.

Sobre el particular, compartimos plenamente el criterio expresado por DAZA cuando acota acerca de la configuración de la causal de desobediencia a las órdenes e instrucciones dadas por el superior inmediato que:

...es necesario que se verifique la concurrencia de todos los elementos establecidos en la norma: (a) la orden o instrucción desobedecida debió emanar del supervisor inmediato; (b) emitida por este en el ejercicio de sus competencias; (c) referidas a tareas propias del cargo del funcionario y no cualquier tarea aislada; (d) siempre que no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal; y además (e) que tal desobediencia se haya dado de manera voluntaria por parte del funcionario⁴⁰.

En relación al ordenamiento jurídico que regula la actuación de los funcionarios policiales y su régimen disciplinario, este no presenta complejidad al momento de abordar como causal de destitución el incumplimiento del decreto contentivo de las normas básicas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos.

La ley que regula el servicio de policía y al cuerpo nacional de policía, contiene dentro de su articulado un principio vinculado con el respeto a los derechos humanos como desarrollo del artículo 19 constitucional, por lo cual, los organismos policiales actuarán con estricto apego y respeto a los

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 69-70.

derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales que regulan la materia.

Al respecto, PAREDES CALDERÓN señala que el cumplimiento al respeto de los derechos humanos por parte de los funcionarios policiales no puede ser obviado ya que:

... sería ir en contra de la noción de seguridad ciudadana y del Estado de Derecho. Así, resulta importante citar la noción que de seguridad ciudadana señala el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), conforme al cual: “De acuerdo con el paradigma del desarrollo humano, (...) nos referimos a la seguridad ciudadana como aquella situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos humanos y en la que existen mecanismos institucionales eficientes para prevenir y controlar las amenazas o coerciones ilegítimas que pueden lesionar tales derechos”, así, “El derecho a la seguridad ciudadana en un Estado Democrático y de Derecho, consiste en el conjunto de garantías que debe brindar el Estado a sus habitantes para el libre ejercicio de todos sus derechos”.

Es por lo anterior que, al tener la noción de seguridad ciudadana como eje central el respeto a los Derechos Humanos, los cuerpos de policía en el ejercicio de sus funciones deben velar por actuar siempre apegados a ellos⁴¹.

En concordancia con el principio de respeto a los derechos humanos, el numeral 5 del artículo 99 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial regula un supuesto dentro de las faltas graves que se adecua perfectamente a la situación planteada, dado que se estipula como una causal de destitución la: “violación reiterada de reglamentos, manuales, protocolos, instructivos, órdenes, disposiciones y en general, comandos e instrucciones, de manera que comprometan la prestación del servicio o la credibilidad y respetabilidad de la Función Policial”.

Por lo cual en el momento en que un funcionario policial incumpla con el contenido de las disposiciones del artículo 3 de la normas básicas de actuación en materia de derechos humanos, este incurre en un supuesto de responsabilidad disciplinaria al violentar una normativa de carácter nacional teniendo como consecuencia la posible destitución del cargo que ejerce en el cuerpo policial.

Conclusiones

Los funcionarios públicos y policiales deben actuar siempre apegados a lo dispuesto en el texto constitucional en relación al respeto y garantía de

⁴¹ Iván D. Paredes Calderón, “La función policial”, Ob. cit., p. 17.

todos los derechos fundamentales de los individuos, esto con el fin último de evitar situaciones que puedan vulnerar los mismos, como las acontecidas en el país antes de la entrada en vigencia de las normas de actuación en materia de derechos humanos y reseñadas en el estudio.

En el caso de no acatar las disposiciones que protegen los derechos constitucionales, la propia carta fundamental dispone como consecuencia jurídica que los funcionarios incurso en estos hechos atentatorios de derechos humanos tienen responsabilidad individual en materia penal, civil, administrativa y disciplinaria, como lo es la destitución del servidor público del cargo que ejerce en la Administración Pública.

Para proteger estos derechos fueron dictadas en el año 2017 las normas básicas de actuación de los servidores públicos, que buscan orientar la actuación de estos hacia el respeto, garantía y protección de los derechos humanos, siendo de obligatorio cumplimiento para todas aquellas personas que ejercen la función pública.

Como consecuencia de la promulgación del decreto presidencial contenitivo de las normas básicas, los funcionarios públicos están en la obligación de vincular su actuación en la normativa de rango su legal, garantizando con ello la efectiva vigencia de los derechos humanos dentro de la acción desplegada por los órganos y entes de la Administración Pública.

Sin embargo, en aquellos casos en que los funcionarios públicos incumplan con las normas de actuación, incurren en responsabilidad disciplinaria dependiendo de la gravedad de la falta, pudiendo llegar su conducta a encontrarse enmarcada en una causal de destitución dispuesta en la legislación estatutaria.

De lo anterior, se deriva una problemática que trae consigo el establecimiento de las causales taxativas de destitución estipuladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en virtud que no existe un supuesto concreto en el cual se disponga que el incumplimiento de las normas de actuación pueda causar la destitución del funcionario público.

A pesar de ello, se establecieron fórmulas que vinculan la aplicación concatenada de varias normativas, no con la finalidad de evadir la legislación estatutaria y con ello la violación del principio de tipicidad consagrado en el texto constitucional, sino con el fin último de ampliar las causales de destitución para que se involucre el incumplimiento de las normas de actuación de los servidores públicos en materia de derechos humanos dentro de estos supuestos legales.

Para ello recomendamos a la Asamblea Nacional como órgano legislativo competente que modifique la Ley del Estatuto de la Función Pública con

el fin de ampliar las causales de destitución agregando la violación de los derechos humanos por parte de los funcionarios públicos, así como, el incumplimiento de las normativas que involucren modos de actuación que propendan al respeto, garantía y protección de estos derechos fundamentales del individuo.

CONTROL PREVENTIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA: MODALIDAD SOFT DE CONTROL PREVIO OTRORA INCONSTITUCIONAL

María Lidia Álvarez Chamosa*

Resumen: El artículo comenta el cambio de criterio de la Corte Constitucional de la República de Colombia en cuanto a la posibilidad de que la Contraloría General de la República efectúe un control previo o preventivo sobre la actividad administrativa, siempre que este esté sujeto a determinados límites.

Palabras clave: Control previo; control preventivo; control posterior; control fiscal; Contraloría General de la República.

Summary: The article comments on the change of criteria of the Constitutional Court of the Republic of Colombia regarding the possibility that the Comptroller General of the Republic carries out a prior or preventive control over the administrative activity, provided that it is subject to determined limits.

Key words: Prior control; preventive control; subsequent control; fiscal control; Comptroller General of the Republic.

Sumario: 1. Control previo y control posterior. 2. Control preventivo equivale a control previo. 3. A modo de reflexión: el control preventivo como modalidad soft de control previo.

La función de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control Fiscal es posterior al menos en Venezuela, con ciertas excepciones que permiten a alguno de ellos ejercer el control previo. Por su parte en Colombia para la Constitución Política de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente se decantó por el control posterior. Evitar que dicha actividad se ejecutara de forma previa buscaba impedir la coadministración de la Contraloría General de la República con los entes y órganos cuyas actividades estaban sujetas a control, respetar la separación de poderes, así como disminuir

* Abogada y Auditora Interna. Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Constitucional, Doctoranda en Derecho y profesora de pregrado y postgrado, todo en la Universidad Católica Andrés Bello.

dilaciones en los trámites y posibles actos de corrupción que en estos casos suelen aparecer contrariamente a lo que se busca con la actividad contralora.

Pues bien, ese modelo y los motivos de su instauración avalados por la jurisprudencia constitucional colombiana, fue modificado en el año 2019 con el visto bueno de la Corte Constitucional, agregando en la norma suprema al existente control posterior un control preventivo –no previo– que pareciera haber rendido frutos en especial por la situación generalizada de pandemia por la COVID-19 partiendo de la idea que la actividad fiscalizadora no puede limitarse a la revisión de las actuaciones una vez ejecutadas –*post mortem*– por cuanto los estados de emergencia, excepción o alarma permiten entre otras cosas la relajación de los procedimientos de contratación con la asignación importante de recursos y proceder a controlarlos después de su ejecución puede ser poco eficiente e inoportuno. Independientemente de sus bondades no queda muy claro si tal control preventivo no es más que un control previo “*soft*” con otra denominación y similares problemas. Es entonces que el presente trabajo va a hacer referencia a esto último con alguna que otra alusión a nuestro país.

Así, el siguiente análisis se relaciona con las funciones de control fiscal que generalmente se han debatido entre previo y posterior al que ahora se le añade un control preventivo. Para entender lo planteado con este último se harán breves menciones al sistema venezolano que adicionalmente conllevarán la comparación con lo que la normativa y jurisprudencia colombiana establecen en la reciente modificación constitucional que consagra la modalidad de control preventivo.

Lo señalado se abordará en tres puntos. El primero referido al control previo y posterior. El segundo que presenta al control preventivo como igual al control previo. Y finalmente una reflexión por la cual se considera que el control preventivo no es más que una modalidad *soft* de control previo.

1. Control previo y control posterior

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contempla a la Contraloría General de la República como integrante del Poder Ciuda-

dano además de la existencia del sistema nacional de control fiscal, estatuyendo las funciones de control sin distinguir si es previo o posterior¹.

Históricamente los órganos competentes llevaban a cabo un control, previo lo que generaba confusión puesto que para ejecutar cualquier actividad en especial que implicara la disposición del patrimonio público, la Administración debía contar con la certificación, permiso o autorización del órgano contralor.

Es así que la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, estipulaba esa función al señalar que en el caso de adquisición de bienes y servicios o celebración de contratos en la Administración Central *los administradores no podrían ordenar ningún pago ni iniciar la ejecución de contratos que impliquen compromisos financieros, hasta tanto el órgano de control interno certifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo*, aunque también contemplaba en algunos casos que la Contraloría General ejercería el control previo, en otros el posterior y que a través de resolución este órgano señalaría a partir de qué momento dejaría de ejercer control previo².

Actualmente el control interno según la oportunidad de su ejecución es previo o posterior. El *primero* debe ser aplicado antes de autorizar o ejecutar operaciones o actividades, adquirir compromisos financieros o realizar pagos por quienes tengan directamente atribuidas esas competencias, esto es la Administración activa; el *segundo* lo conforman procedimientos aplicables a los resultados de las actuaciones anteriores ya sea por los propios funcionarios de dicha Administración o por las Unidades de Auditoría Interna³, siendo entonces que estas últimas como órganos de control fiscal cumplen un

¹ Gaceta Oficial N° 36.860, 30-12-1999. Reimpresa con correcciones en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, 24-03-2000. Enmendada el año 2009 Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 02-02-2009.

² *Vid.* artículos 21, 38, 137 y 147. Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario 13-12-1995. Poco a poco las posteriores reformas a esta ley fueron perfilando el control posterior hasta llegar a la actual regulación del año 2010 que manteniendo el control previo ha suprimido las certificaciones por los órganos contralores, ya que el control interno previo queda en manos de la propia Administración Pública. *Vid.* artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal. Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario, 23-12-2010.

³ Artículos 16 y 17 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal. Gaceta Oficial N° 39.240, 12-08-2009.

servicio interno de examen posterior de las actividades administrativas y financieras de cada órgano o ente dentro del cual ellas funcionan⁴.

Ese control posterior no es exclusivo de las Unidades de Auditoría ya que lo ejecutan todos los integrantes del Sistema Nacional de Control Fiscal conformado por órganos internos y externos. Excepcionalmente se le atribuye a alguno de estos últimos el control previo con el cumplimiento de ciertas condiciones⁵. A su vez debe tomarse en cuenta que en el ejercicio de este control la Contraloría General de la República manifestará formalmente su conformidad con las operaciones, de manera tal que en caso de no cumplir los extremos previstos en el artículo 38 de la Ley (comprometido, causado, pagado), procederá a objetarlas y advertir las violaciones observadas, señalando expresamente las responsabilidades que pudieran generarse si se ejecutan sin subsanar las inobservancias⁶.

En cuanto al funcionamiento, el control posterior ejercido por las autoridades contraloras puede concluir en un procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades al que se llega la mayoría de las veces después de tramitar varias fases que comienzan con la identificación de ha-

⁴ El artículo 141 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público señala que la auditoría interna es un servicio de examen posterior, objetivo, sistemático y profesional. Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario, 30-12-2015.

⁵ En este orden de ideas las disposiciones finales séptima y octava de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal del 2010 establecen que #La Contraloría General de la República podrá ejercer en todo momento, previa resolución del Contralor o Contralora publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, cualquier tipo de control previo sobre las actuaciones de cualesquiera de los órganos que conforman el Poder Público, y éstos deberán acatar las decisiones que la Contraloría adopte” (séptima). “Los órganos de control fiscal externo señalados en los numerales 2 al 4 del artículo 43 de esta Ley, se abstendrán de participar en actividades de control previo cuando se aseguren, previa evaluación, que el sistema de control interno del respectivo ente territorial garantice el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 38 de esta Ley” (octava). Respecto a este último caso la ley se refiere a las contralorías de los estados, municipios, distritos y distritos metropolitanos (artículo 43.2, 43.3 y 43.4). En cuanto a las condiciones para llevar a cabo el control previo además de la ley *Vid.* Capítulo IV del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal 2009.

⁶ *Ibid.* Artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal referido a la aprobación u objeción de las operaciones en ejercicio del control previo.

llazgos mediante informes de control posterior, la potestad investigativa que se deriva de tales hallazgos y finalmente la determinación de responsabilidades (multas, reparos, responsabilidad administrativa) además de sanciones accesorias como la suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo, la destitución o la inhabilitación del funcionario para el ejercicio de las funciones públicas⁷.

Todo esto pudiera suceder también cuando en ejercicio excepcional del control previo (que no es inconstitucional pero que como veremos presenta problemas) la Contraloría plantee una observación, advierta, sugiera o exhorte a la Administración y ella haga caso omiso; aunque contrario a lo que establece la normativa vigente, se señalará de forma expresa que tales actuaciones no son vinculantes y son simples sugerencias que constituyen funciones de apoyo a la Administración para el logro de una mejor gestión, porque entre otras cosas se entiende que lo que el órgano contralor sugirió o advirtió tendría como mínimo mejorar la actividad administrativa y a lo sumo evitar transgresiones del ordenamiento jurídico que aun así no fueron acatadas. Esas actividades preliminares inclusive serían causal de inhibición del funcionario que le impida dictar un acto de responsabilidad habiendo previamente expuesto su opinión sobre el asunto si observamos que de conformidad con el Reglamento de esta materia no acatar las advertencias puede generar consecuencias⁸.

Comparativamente en Colombia a tenor del artículo 267 de la Constitución Política de 1991 recientemente modificado, la función fiscalizadora era exclusivamente posterior, selectiva y ejercida de conformidad con lo establecido en la ley⁹, a fin de evitar la coadministración e injerencia indebida en las funciones de los entes sujetos a control¹⁰. En relación al tema en el año 2015

⁷ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal y su reglamento.

⁸ Conjuntamente con el *supra* citado artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuanto a las inhabiciones *Vid.* artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinaria, 01-07-1981.

⁹ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional N° 114 del 04-07-1991 <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

¹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7° del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, “Por el cual se

la Corte Constitucional con fundamento en ese artículo sentenció la inexecutable de llevar a cabo funciones de “advertencia” por tratarse del ejercicio del control previo por parte de la Contraloría General de la República sobre operaciones o procesos de ejecución a fin de prever riesgos que comprometan el patrimonio público y además de ejecutarlo en su carácter de órgano de control fiscal externo, proceder a ejercer control posterior sobre los hechos que hubieran sido detectados en el ejercicio de aquel control¹¹.

Como se observa la referida instancia declaró la inconstitucionalidad de la función de “advertencia” atribuida al máximo órgano contralor mediante el artículo 5.7 del Decreto Ley 267 de 2000 ya que entre otras cosas implicaba el ejercicio del control previo en abierta violación del artículo 267 de la Constitución Política que establecía de forma expresa el control posterior¹².

Cierto es que el artículo declarado inexecutable, además de contemplar la función contralora que al ser considerada previa colisionaba abiertamente con el texto constitucional, también expresaba que sobre los hechos así identificados se podría ejercer el control *a posteriori*, en el entendido que este último conlleva por una parte funciones de vigilancia que en este caso no son el problema, pero además la posibilidad de tramitar procedimientos sancionatorios que según tal normativa podían derivarse del incumplimiento de las “advertencias” lo que evidentemente implica una relación entre dos actividades, una previa y otra posterior, que comprometen la imparcialidad y objetividad decisoria, al ser ejecutadas por el mismo ente contralor con poder para establecer responsabilidades fiscales de no haber sido acatadas sus advertencias iniciales¹³.

dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, sentencia N° C-103/15 de 11-03-2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm>

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

¹³ Como puede observarse el artículo 5.7 del Decreto Ley 267 de 2000 declarado inconstitucional, guarda semejanza con el control previo y las advertencias que en Venezuela puede formular el Contralor General de la República acorde al artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Sistema Nacional de Control Fiscal vigente. Si bien este artículo no sería contrario a la Constitución venezolana, son de interés los argumentos según los cuales su ejercicio compromete la imparcialidad y objetividad del órgano contralor.

Veamos alguno de los argumentos de la sentencia del 2015 que en parte se sustentan en anteriores decisiones de la misma Corte, además de informes y debates de la Asamblea Nacional Constituyente que concluyeron en establecer el control posterior y selectivo acordado en la Constitución Política de 1991 por el cual se transformó el hasta entonces existente modelo de control fiscal.

(i) Uno de los argumentos basales de la Corte Constitucional tiene que ver con que un control previo por parte de la Contraloría General de la República aunque esté impregnado de las mejores intenciones puede derivar en problemas y corruptelas.

(ii) El sistema previo de control fiscal tenía como fin precaver que se cometieran irregularidades en cuanto al manejo de los bienes públicos porque antes de que el dinero fuera erogado, el órgano fiscalizador revisaba, comprobaba y aprobaba las operaciones correspondientes.

(iii) Las objeciones a este modelo eran que (i) hacía propicio que el órgano de vigilancia interviniera directamente en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que usualmente obstaculizaba y hasta vetaba el funcionamiento normal de la Administración; (ii) no generaba responsabilidad administrativa a la Contraloría y comprometía la autonomía e independencia de dicho ente; y (iii) de manera paradójica generaba corrupción.

(iv) Las anteriores críticas fueron debatidas por la Asamblea Nacional Constituyente con relación a la reforma del régimen fiscal, admitiéndose entre otras cosas que el control previo había desvirtuado el objetivo de la Contraloría y había sido funesto al permitir ejercer de forma abusiva una suerte de coadministración, derivando en un gran poder de control y engorrosos trámites propiciadores de corruptelas.

(v) De allí que la intención del constituyente fue evitar que los órganos de control fiscal interfirieran en la actividad administrativa de los entes sometidos a control y advertía que:

...en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino

también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración¹⁴.

(vi) Continúa la Corte señalando los motivos en los que se fundamenta la no admisión del control previo empleando en ocasiones el término “preventivos”. Indica que para el constituyente atribuir al control fiscal el carácter posterior y selectivo externo a la Contraloría General no significó renunciar al control previo, pero en el entendido que tales *mecanismos preventivos* debían ser implementados mediante los sistemas de control interno para no comprometer la autonomía del ente externo de control. En este sentido dentro de los órganos y entes, además de los propios mecanismos de vigilancia que la Administración Activa ejecuta sobre sus actividades, existen Superintendencias y los auditores internos tienen funciones que se asemejan a las “advertencias” debatidas en este proceso judicial, siempre teniendo en cuenta que a dichos auditores les está prohibido participar a través de autorizaciones o refrendaciones en los procedimientos administrativos del sujeto controlado.

¹⁴ *Ibid.* (Las transformaciones en el modelo constitucional de control fiscal, 13) tomando como fundamento a Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolff, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez, "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado", *Gaceta Constitucional*, N° 59, p. 10.

(vii) La co-gestión existente antes de la Constitución Política de 1991, resultaba ineficaz para la transparencia de los procedimientos administrativos y además era motivo y oportunidad de corrupción por posibles pactos entre los funcionarios administrativos y los encargados de vigilarlos, amén de producir dilaciones injustificadas por los trámites y consultas a los órganos de control quienes en no pocas ocasiones distorsionaban su papel imponiendo criterios a las autoridades competentes, violando con ello el *principio de separación funcional*. De allí que la Constitución del '91 instauró el control posterior y además prohibió atribuir a la Contraloría funciones administrativas que fuesen distintas a aquellas que son inherentes a su propia organización tal como lo establece el artículo 267.4 constitucional.

(vii) La “advertencia” acorde al sentido literal de la norma cuestionada tal y como se desprende de lineamientos contenidos en instrumentos internos de la Contraloría General es una intervención con carácter previo a la toma de decisiones y culminación de operaciones y procesos administrativos, siendo un instrumento de *carácter preventivo* y además proactivo que faculta la intervención de dicha entidad antes de la culminación de los ejercicios fiscales sometidos a control. De esta forma se anticipa la función de la Contraloría lo que constituye una excepción al criterio general por el cual su función “empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”¹⁵.

(ix) Por tanto de conformidad con la Constitución de 1991 la Contraloría General de la República ejerce funciones de vigilancia, es decir, de mera observación a distancia y de control de carácter posterior que implica intervención o interacción con los procedimientos administrativos siempre después a su culminación, a través de una serie de operaciones tales como advertencias, formulación de observaciones, declaración de existencia de hallazgos fiscales y tramitación de ser procedente de los correspondientes procedimientos sancionatorios, entendiéndose que en el caso de las funciones de “advertencia” previa analizadas por la Corte en 2015, comprometen la objetividad del ente al sobrepasar las simples atribuciones de vigilancia para

¹⁵ *Ibíd.* (La función de advertencia implica una intervención de la Contraloría con carácter previo a la adopción de decisiones y la culminación de los procesos y operaciones administrativas, 47) tomando como base la Sentencia de la misma instancia identificada C-113 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

recabar información ejecutando con ello una función de control que no está permitida por la Constitución Política.

Ese régimen exclusivamente posterior y selectivo, así como la imposibilidad de “advertencia” fueron objeto de reciente modificación a través del Acto Legislativo N° 4 del 18-09-2019 “Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”¹⁶ añadiendo por una parte esa última función a las atribuciones del Contralor General de la República (artículo 268.13 de la Constitución Política) y por la otra un control preventivo –no previo– y concomitante de carácter excepcional y no vinculante, contemplado en la reforma parcial del artículo 267 constitucional.

2. Control preventivo equivale a control previo

Como se señaló la reciente modificación de la Carta Política de Colombia añade al control posterior uno de naturaleza preventiva acorde a lo siguiente:

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas¹⁷.

¹⁶ Congreso de la República. Diario Oficial N° 51.080 del 18-09-2019, en https://www.axacolpatria.co/arpdc/docs/acto_legislativo_04_2019.htm

¹⁷ *Ibíd.* Adicionalmente se mantiene la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas que fuesen distintas de aquellas que son inherentes a su propia organización.

Llama la atención que los criterios judiciales del 2015 conforme a los cuales la función de advertencia se consideraba control previo o preventivo (utilizando en ocasiones ambos términos) y por tanto fuera del alcance de la Contraloría, fueron desestimados con la modificación del año 2019, de forma tal que ahora son constitucionales las “advertencias” por ser preventivas –no previas– y además por haber sido incluidas como atribuciones del Contralor General en la norma suprema¹⁸.

El Acto Legislativo 4 de 2019 contó con el visto bueno de la Corte Constitucional¹⁹ y a diferencia de lo que planteaba esta instancia en 2015, la nueva regulación no constituye una violación del principio de separación de poderes por lo siguiente:

¹⁸ La Constitución Política modificada por el Acto Legislativo N° 4 de 2019 del 18 de septiembre establece dentro de las funciones de la Contraloría General con ciertos cambios en comparación a la normativa declarada inexecutable por la Corte Constitucional en 2015, “Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados” (artículo 268.13).

¹⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: Demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 4 de 2019, sentencia N° C-140/2020 Sala Plena Virtual. Boletín consultado el 29-06-2020 en <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/boletinNo53.pdf>. por cuanto a esta fecha no se ha podido revisar directamente la sentencia que contiene un salvamento y aclaraciones de votos. Contrario a lo decidido por la mayoría, una de sus integrantes salvó su voto al considerar que ese Acto debía declararse inexecutable denominándolo control “previo y concomitante” por cuanto constituye una sustitución parcial y permanente del eje de separación de poderes de la Carta Política al permitir tal control fiscal que significa inmiscuirse en funciones administrativas de las entidades vigiladas y además mediante la función de advertencia intervenir en las decisiones controladas usurpando su autonomía y afectando en caso de que eventualmente deban abrirse procedimientos fiscales, la independencia de la Contraloría General. Tales funciones según este nuevo modelo se ejercen en cualquier fase de un procedimiento administrativo, incluso las de planeación o preparatorias y además las advertencias por riesgo inminente van destinadas a que el funcionario adopte medidas, esto es, a cambiar las acciones y decisiones que estaba ejecutando sobre la gestión de recursos, con lo cual se le permite al Contralor la injerencia en las actividades controladas. Por otra parte la división funcional de poderes se desdibuja con ese modelo de control que permite a la Contraloría intervenir en decisiones que son propias de otras autoridades (Magistrada Cristina Pardo Schlesinger). Información denominada “La Corte declaró ajustado a la Constitución Política el Acto Legislativo 4 de 2019 que reforma el control fiscal, por no constituir una sustitución del principio de separación de poderes”, consultado en <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=CorteConstitucional/30039228>

(i) El Acto Legislativo 4 no sustituye a la Constitución Política sino que establece un novísimo régimen adicional de control fiscal –preventivo y concomitante (no previo)– sin afectar el principio de separación de poderes en la medida que la norma constitucional contempla las prohibiciones, límites y cautelas para el ejercicio de este tipo de control.

(ii) Efectivamente este modelo contempla que (i) no implicará coadministración; (ii) se llevará a cabo en tiempo real mediante el seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de recursos públicos; (iii) usará tecnologías de la información; (iv) contará con la participación activa del control social; (v) articulado con el control interno; (vi) de carácter excepcional y no vinculante; (vii) sin versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos; (viii) tendrá la forma de advertencia al gestor fiscal; y (ix) su ejercicio y coordinación exclusivamente corresponde al Contralor General en materias específicas.

Sin embargo, aun cuando las intenciones sean transparentes, los beneficios y ventajas palpables en situaciones de gravedad como la COVID-19²⁰ y las limitaciones constitucionales busquen sustraer este control preventivo de los problemas advertidos respecto al control previo por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y reiterados por la Corte Constitucional en 2015, resulta curioso que los argumentos de este último órgano para presentar las advertencias como claros ejemplos de control previo y por ello inconstitucionales para la fecha, hoy en día con el cambio de denominación a control “preventivo” y contemplar esas mismas actividades en la Constitución, parecieran desvanecerse los peligros de coadministración contralora por el solo hecho de que así lo establece el nuevo modelo, de dilaciones innecesarias, tampoco se corre el riesgo de corruptelas además de preservarse el principio de separación de poderes.

²⁰ Contraloría General de la República: “A salvo facultades de control preventivo y concomitante, Contraloría General sigue alertando sobre mal manejo de recursos públicos”. Boletines de Prensa 2020, mayo 7, en https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-de-prensa-2020/-/asset_publisher/9IOzpebPkrRW/content/a-salvo-facultades-de-control-preventivo-y-concomitante-contraloria-general-sigue-alertando-sobre-mal-manejo-de-recursos-publicos

Son interesantes algunos razonamientos de la Corte Constitucional en el año 2015 reiterando en ocasiones sus propios fallos:

(i) Ciertas atribuciones de la Contraloría General como fiscalizar la contratación estatal eran válidas siempre que se efectuaran después de perfeccionarse los contratos, también la vigilancia de las contrataciones ya que ejerciendo esta competencia dicha entidad solo se limitaba a observar y recabar informaciones para el posterior ejercicio del control.

(ii) La función de advertencia es una intervención previa de control que puede incidir en las decisiones administrativas y por ende conforma una modalidad de coadministración.

(iii) Los lineamientos para ejercer la función de advertencia definidos por la Contraloría General de la República y que acorde plantea excluye interferencias y respeta los límites constitucionales eran: “(i) el ente de control debe abstenerse de emplear un tono imperativo y limitarse a formular la advertencia, sin indicar las acciones que el gestor fiscal debería emprender para minimizar o evitar el riesgo; (ii) tales advertencias están desprovistas de efectos vinculantes, en tanto la entidad a la que se dirige es libre de atenderlas”²¹.

(iv) Estas cautelas si bien marcan la diferencia con el modelo anterior a la Constitución de 1991, siguen siendo una actividad previa que puede derivar en un control posterior porque:

...aun con estas previsiones, el ejercicio de esta modalidad de control fiscal ex ante que representa la función de advertencia conserva una efectiva capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, en tanto mantiene el potencial de disuadir al destinatario de la advertencia de mantener el curso de acción objeto de reparos. *En efecto, la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial advertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la*

²¹ *Ibíd.* (La función de advertencia representa una intervención previa del ente de control susceptible de incidir en la toma de decisiones administrativas y, por tanto, constituye una modalidad de coadministración, 53). Para este punto la Corte se fundamenta en informaciones de la propia Contraloría.

*decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas (destacado agregado)*²².

(v) Es que aun cuando la entidad no advierta de forma imperativa y no imponga a la Administración un determinado curso de acción, la posición que detenta la Contraloría General en relación a los destinatarios de dicho control, lleva a estos a considerar que las advertencias son directivas fuertes –no débiles– y por tanto les otorgan una decisiva influencia al momento de ponderar las razones para su acatamiento.

(vi) Finalmente, todo lo anterior no desmerita las ventajas anticipatorias del control previo (preventivo) existiendo para ello medios alternativos sin que la Contraloría deba ejecutarlos como son el control interno de las entidades públicas o las funciones de inspección y vigilancia que llevan a cabo las Superintendencias con lo cual la Corte resuelve:

*...la tensión entre principios constitucionales que se plantea a propósito de esta controversia: por un lado, la efectividad del control fiscal, que reclamaría una vis expansiva, una anticipación, con carácter preventivo y proactivo, del momento en que inicia la intervención de la Contraloría como la que se propone con la función de advertencia; de otro lado, los principios de orden constitucional que propenden por mantener el carácter posterior del control fiscal externo que lleva a cabo dicha entidad, para así salvaguardar la autonomía e independencia del ente de control, que se ven comprometidas cuando este incurre en alguna forma de coadministración (destacado agregado)*²³.

3. A modo de reflexión: el control preventivo como modalidad soft de control previo

En Colombia la Constitución Política de 1991 consagró un modelo negado al ejercicio del control previo por el Contralor General aunque sin desestimar su importancia y oportunidad para evitar perjuicios estableciéndose mecanismos alternativos de control interno previo que deben funcionar coordinadamente con el control externo posterior que ejerce la Contraloría.

²² *Ibíd.*, 55.

²³ *Ibíd.* (La modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de coadministración, 58).

En anteriores líneas se hizo referencia a que la Corte Constitucional con base a las cautelas que aquel generaba, interpretó el significado de “advertir” como actividad previa y si bien en el caso específico sentenció la inconstitucionalidad porque de manera expresa su ejecución podría derivar en la tramitación de procedimientos de responsabilidad fiscal, el hecho es que adicionalmente la posición que ocupa la Contraloría General y sus competencias sancionatorias son suficientes para entender tales advertencias como directrices fuertes difíciles de esquivar por sus destinatarios.

Los argumentos presentados en esa la sentencia van más allá por considerar que aun cuando tales actuaciones no tengan efectos vinculantes y sean planteadas sin ánimo de injerencia, a la postre limitan la libertad decisoria de la Administración cuando ante dos o más alternativas, una o todas son consideradas por la Contraloría mejorables, menos costosas, etc.

No cabe duda del efecto disuasivo de un control previo en manos del Contralor y los resultados que pudiera acarrear como protección eficiente y oportuna de los recursos del Estado. Por ello tal vez la inexecutable de la función de advertencia fue una decisión desproporcionada en el entendido que lejos del carácter estrictamente policial con el que se suele identificar al control fiscal, debe entenderse esa función con mayor amplitud puesto que se trata de coadyuvar –con límites– en el buen desempeño de la Administración Pública sin esperar a que la transgresión del ordenamiento jurídico se haya consumado.

Pero lo que interesa resaltar es que básicamente con un cambio de denominación, los planteamientos judiciales del 2015 son silenciados en el año 2019 que según se observa establece una modalidad “*soft*” denominada control preventivo y unas advertencias antes proscritas por ser control previo pero que ahora no lo son.

Y es que aunque no se denomine control previo, con el nuevo modelo siguen vigentes los problemas que aquel presenta analizados no solo por la máxima instancia judicial sino también por la Asamblea Nacional Constituyente para redactar la Constitución de 1991, en el sentido de que con la novedosa regulación del 2019 de mayor jerarquía y con límites mucho más precisos y detallados a la normativa declarada inexecutable, está latente la cautela normal que cualquier funcionario tendría de tomar decisiones dife-

rentes o hasta contrarias a lo sugerido por un funcionario que a la postre lo puede sancionar, con lo cual este control preventivo puede derivar en dilaciones injustificadas, una coadministración aunque esté prohibida, la consecuencial confusión de la separación de funciones o corruptelas nacidas de la necesidad de llegar a acuerdos que alejen posibles responsabilidades de forma tal que la historia del control previo se estaría repitiendo.

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Enero – Abril 2019

Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales

SUMARIO

I. Funcionarios públicos. 1. Tipos: carrera y libre nombramiento y remoción. A. Funcionarios de carrera.

II. Derechos de los funcionarios públicos. 1. Derecho a las prestaciones sociales. A. Presentación de declaración jurada de patrimonio para la procedencia del pago de prestaciones sociales.

III. Situaciones pasivas de los funcionarios públicos. 1. La jubilación. A. Jubilación de funcionarios del CICPC.

IV. Procedimiento administrativo disciplinario. 1. Recursos administrativos en el marco de la función pública. A. Recurso de reconsideración. 2. El expediente administrativo 3. Responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal. 4. Debido proceso. 5. Presunción de inocencia.

V. El acto administrativo en materia de función pública. 1. Principio de exhaustividad o globalidad del acto administrativo.

VI. El contencioso administrativo funcional. 1. Efectos de la sentencia. A. Prohibición de indexar los intereses de mora. 2. Vicios de la sentencia.

I. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. TIPOS: CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-R-2018-000206

Sentencia N°: 2019-0042

Caso: Marianela Figueroa Pulido vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

Ponente: Hermes Barrios Frontado

De la lectura de la norma anteriormente transcrita, se desprende que dentro de la Administración Pública existen dos categorías de funcionarios, a saber, los de carrera y los de libre nombramiento y remoción, siendo los primeros, aquellos funcionarios quienes habiendo participado y ganado un concurso público de oposición y superado el período de prueba, se les confirma en la prestación del servicio a través de un nombramiento definitivo en un determinado cargo, siendo esta la regla general.

En segundo lugar, tenemos a los funcionarios denominados de libre nombramiento y remoción, siendo aquellos funcionarios que ingresan a la administración pública sin haber presentado el concurso de oposición para el cargo que ocupan, y que para ser removidos de su cargo, no es necesaria la apertura de un procedimiento de destitución, salvo las limitaciones establecidas en la ley, a diferencia de los de carrera.

A. Funcionarios de carrera

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

09 de abril 2019

Expediente N°: AP42-Y-2014-00038

Sentencia N°: 2019-00036

Caso: Ramón Antonio Solórzano Contreras vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM)

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

Por otro lado, observa esta Corte que las asignaciones del cargo de asistente de tribunal anteriormente especificadas, no pueden ser consideradas de confianza, ya que las funciones atribuidas se realizan bajo supervisión y comprenden exclusivamente funciones de sustanciación y manejo de expedientes, sin tener facultad de decisión, por lo tanto, no se corresponden con un cargo de libre nombramiento y remoción, ni mucho menos se puede considerar que el simple manejo de expedientes judiciales implique una labor que requiera un alto grado de confidencialidad, ya que como lo indicó el Juzgado de Instancia, ello conllevaría a concluir que todos los cargos adscritos a un Órgano Jurisdiccional deban ser considerados como de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, error en el que incurre frecuentemente la Administración al pretender limitar de manera excesiva la carrera

administrativa, a través de la ampliación indebida de la condición de libre nombramiento y remoción.

II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES

A. Presentación de declaración jurada de patrimonio para la procedencia del pago de prestaciones sociales

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de enero de 2019

Expediente N°: AP42-R-2014-000203

Sentencia N°: 2019-0004

Caso: Juan Carlos Blanco vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

La norma transcrita, contempla que el funcionario que cese en sus funciones, bien sea por renuncia, destitución o jubilación, no podrá retirar el pago de ningún concepto hasta tanto no presente la declaración jurada de patrimonio.

Al respecto, debe acotar esta Instancia Jurisdiccional que mediante sentencia N° 2006-715 de fecha 23 de marzo de 2006, (caso: Mónica Antonieta Mendoza Izquierdo), esta Corte determinó el alcance dado al artículo 40 de la entonces Ley Contra la Corrupción, a la luz del artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que aquél exige la presentación de la declaración jurada de patrimonio con el único propósito de que el funcionario público pueda retirar el pago de sus prestaciones sociales, ya que una vez finalizada la relación funcional corresponde a la Administración realizar los trámites necesarios para cumplir con dicho pago, con independencia de que le sea presentada o no la declaración jurada de patrimonio a que hace referencia la aludida norma.

Por otro lado, es necesario señalar que si bien es cierto que la Administración Pública tiene la obligación de pagar las prestaciones sociales al culminar la relación laboral y realizar todas las gestiones para realizar dicho pago, tal

como fue mencionado anteriormente, también es cierto que la presentación de la declaración jurada de patrimonio es una obligación que debe cumplir todo funcionario o empleado público al cese en el ejercicio de sus funciones lo cual acarrea las sanciones previstas en la aludida Ley.

Ahora bien, del estudio pormenorizado de las actas que conforman el expediente judicial, se desprende que tal como afirma la sustituta de la Procuraduría General de la República, para el momento en que fue dictada la decisión que se pretende anular, no se encontraba en autos la Declaración Jurada de Patrimonio del ciudadano Juan Carlos Blanco. No obstante, tampoco existen elementos de prueba que permitan verificar que la Administración realizó los trámites administrativos necesarios para realizar el pago al ciudadano querellante, tales como, la planilla de liquidación y el pago listo a la espera de que el funcionario presente su declaración jurada, ya que como se dijo con anterioridad en el presente fallo, dichas diligencias deben ser realizadas con independencia de que sea presentada o no la declaración jurada de patrimonio del funcionario, de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 92 de nuestra Carta Magna, por lo cual, resulta claro que no existen circunstancias que impidan tener la orden de pago inmediato de las prestaciones sociales al querellante.

III. SITUACIONES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. LA JUBILACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

20 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-Y-2018-000032

Sentencia N°: 2019-0026

Caso: Israel Barrios Mata vs. Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA)

Ponente: Emilio Ramos González

Cabe acotar, que la jubilación es un derecho de previsión social con rango constitucional, dirigido a satisfacer los requerimientos de subsistencia de las personas, que trabajaron para el Poder Público por un tiempo determinado de años y que se ven impedidas de continuar haciéndolo, en virtud de los años transcurridos. De allí que, una vez verificado lo anterior quien aquí decide, considera que el Juzgado A quo en fecha 30 de noviembre de 2017,

dictó decisión ajustada a derecho, al ordenar el reconocimiento del tiempo de servicio prestado por el recurrente en la Administración Pública, el cual totalizan 25 años de servicio.

A. Jubilación de funcionarios del CICPC

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

09 de abril de 2019

Expediente N°: AP42-R-2013-001237

Sentencia N°: 2019-0069

Caso: Job De Jesús Pérez Castellanos vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC)

Ponente: Hermes Barrios Frontado

Según los artículos anteriormente citados, el funcionario del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, podría adquirir el beneficio de jubilación por dos vías, a saber, i) al ser otorgada de oficio por la Administración, al funcionario que haya cumplido en la prestación de servicio un tiempo de treinta (30) años y ii) la solicitada por el funcionario a la Administración, siempre que éste haya prestado servicios por un tiempo mínimo de veinte (20) años. Así, se entiende que la primera, supone una actividad unilateral por parte de la Administración, al evidenciar que el funcionario ha cumplido con el requisito de tiempo de servicio señalado anteriormente; mientras que la segunda, supone la existencia de una solicitud previa, formulada por el funcionario que desea obtener el beneficio, siempre que éste cuente con el tiempo mínimo de prestación de servicio.

IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

1. RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

A. Recurso de reconsideración

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-G-2013-000315

Sentencia N°: 2019-0022

Caso: Juan Carlos Blanco vs. Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN)

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

Del mismo modo, es claro que el hecho de que la funcionaria que dictó el acto que declaró la responsabilidad administrativa del hoy demandante, haya decidido el recurso de reconsideración interpuesto contra el mismo, no configura una violación de la garantía que tiene todo ciudadano a ser juzgado con imparcialidad, ya que por antonomasia, el conocimiento de dicho recurso corresponde al funcionario que dictó el acto que se pretende anular. En tal sentido, no se observa que los mismos hayan afectado de alguna forma la imparcialidad de la autoridad que dictó los mencionados actos, ya que de estos se desprende una actuación equitativa y neutral. En vista de ello, se desestiman las denuncias en cuanto a este punto. Así se decide.

2. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

19 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-Y-2014-00038

Sentencia N°: 2019-00036

Caso: Kissy Carolina Moreno Blanco vs. Aviación Militar Bolivariana

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño

En cuanto a la argumentación de ausencia de remisión del expediente administrativo, debe indicar esta Corte que si bien ha sido jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa reiterada y pacífica de que la falta de remisión del expediente administrativo por parte de la Administración constituye una presunción en contra del órgano o ente que procedió a imponer la sanción administrativa al particular; no siempre la Administración está obligada a instruir un expediente administrativo para actuar; como sería para el supuesto de corregir un error material o de cálculo en el que hubiese incurrido.

3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y RESPONSABILIDAD PENAL

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

22 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-R-2017-000072

Sentencia N°: 2019-0032

Caso: Leyda Loren Aponte vs. Cuerpo de Policía del Municipio Cristóbal Rojas del estado Miranda

Ponente: Emilio Ramos González

Considera esta Corte respecto al vicio de falso supuesto en la sentencia, por indicar que la Administración debió esperar que se resolviera la averiguación judicial penal para dictar el acto administrativo; que en interpretación del artículo 91 de la Ley del Estatuto de la Función Pública; efectivamente vencido el lapso de seis meses para la vigencia de la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo; sin que se haya resuelto la averiguación judicial; y aunque sobre el funcionario se haya dictado medida privativa de libertad, la Administración está obligada a decidir el procedimiento administrativo. Sin embargo, según reza el mismo artículo 91 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en caso de sentencia absolutoria con posterioridad a los seis meses antes indicados, la Administración reincorporará al funcionario con la cancelación de los sueldos dejados de percibir. De forma tal que, que independientemente de que la Administración haya resuelto con la destitución del cargo antes de que finalizase la averiguación judicial penal; de existir sentencia absolutoria, como sería el supuesto del sobreseimiento de la causa, la Administración está obligada por ley a reincorporar al funcionario destituido, haciéndose notar claramente la prejudicialidad del derecho administrativo sancionador al derecho penal, cuando los hechos que dieron origen a la destitución revisten carácter penal.

4. DEBIDO PROCESO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-R-2018-000195

Sentencia N°: 2019-0043

Caso: Karin Amalia Ascanio Cisneros vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

Ponente: Hermes Barrios Frontado

Del análisis de este precepto de la Lex Fundamental, se observa que el debido proceso se encuentra previsto como la garantía que tiene todo ciudadano, ante los órganos administrativos o judiciales competentes, comprensiva de un conjunto de derechos constitucionales procesales, sin los cuales, desde una óptica constitucional, el proceso no sería justo, razonable y confiable, permitiendo que todas las actuaciones se realicen en función de proporcionar una tutela judicial efectiva.

Para ello, la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino por el contrario, prevé la garantía de que cualquiera que sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos e intereses legítimos, las leyes procesales garanticen la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva, tal como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en diversos fallos (Vid. Sentencia N° 810 de fecha 11 de mayo de 2005, caso: Carlos Galvis Hernández).

De manera que, es preciso señalar que el derecho al debido proceso se erige como el más amplio sistema de garantías previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues procura la obtención de una actuación judicial o administrativa, que en función de los intereses individuales y simultáneamente coherente con la protección y respeto de los intereses públicos, proporcione los mecanismos que sean necesarios para la protección de los derechos fundamentales.

5. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

09 de Abril de 2019

Expediente N°: AP42-R-2017-000338

Sentencia N°: 2019-0068

Caso: Carlos Gregorio Gómez Bañez vs. Cuerpo Policial del estado Carabobo.

Ponente: Hermes Barrios Frontado

Con respecto al referido argumento, vinculado a una supuesta violación a la presunción de inocencia, aducido por el querellante, esta Corte considera pertinente destacar que el artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

(...omissis...)

Tal presunción garantiza a los ciudadanos la realización de un procedimiento previo para poder atribuirle la culpabilidad sobre algún hecho, en el cual puedan exponer sus alegatos y defensas que consideren pertinente para luego de que sea determinada la culpabilidad o no del imputado, pueda ser desvirtuada la presunción de inocencia si fuera el caso.

Así, en virtud del derecho a la presunción de inocencia una persona acusada de una determinada conducta antijurídica, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria, la cual deberá estar precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimanación, lo que equivale a que su eventual condena sea objeto de una actividad probatoria suficiente. Esto implica, que pueda verificarse si ha existido la prueba de lo que racionalmente resulte, o pueda deducirse motivadamente de ella, el hecho o los hechos que desvirtúen la presunción, que el imputado pueda contradecir dichas pruebas, y que además hayan sido legalmente obtenidas.

V. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD O GLOBALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de febrero de 2019

Expediente N°: AP42-G-2013-000315

Sentencia N°: 2019-0022

Caso: Juan Carlos Blanco vs. Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN)

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

En cuanto a la presente denuncia, destaca esta Corte que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que:

“El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación”.

Por su parte, el artículo 89 eiusdem refiere que:

“El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados”.

De las referidas disposiciones legales, se observa el deber que tiene la Administración de resolver en su decisión definitiva “todas” las circunstancias planteadas en el decurso del procedimiento administrativo desde su inicialización hasta su terminación, siempre y cuando estén ligadas al problema discutido o a la materia propia de la controversia.

En atención lo expuesto, esta Corte considera pertinente precisar, que los actos administrativos se rigen por normas y principios menos rígidos que los aplicables a las sentencias en sede judicial, motivo por el cual, basta con que se haya realizado una motivación suficiente, sobre la base del análisis y apreciación global de todos los elementos cursantes en el expediente administrativo, para que se emita la decisión, no siendo necesario que el ente administrativo al que corresponda conocer un asunto, realice una relación precisa y detallada de todos y cada uno de los argumentos y medios probatorios cursantes en el expediente.

VI. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1. EFECTOS DE LA SENTENCIA

A. Prohibición de indexar los intereses de mora

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

09 de abril 2019

Expediente N°: AP42-R-2018-00439

Sentencia N°: 2019-00040

Caso: Laura Díaz vs Instituto Autónomo Hospital Universitario de Caracas

Ponente: Igor Villalón

En este sentido, considera esta Alzada que en el presente caso los intereses de mora por retardo en el pago de las referidas prestaciones no pueden ser indexados pues se estaría incurriendo en anatocismo, la cual es entendida como “la capitalización de los intereses que sumándose -tales intereses- al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses”, figura que se encuentra

prohibida en nuestro ordenamiento jurídico; razón por la cual esta Instancia Jurisdiccional no puede avalar la posición asumida por el A quo relativa al reconocimiento de la indexación de los intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las prestaciones sociales.

2. VICIOS DE LA SENTENCIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de enero de 2019

Expediente N°: AP42-R-2018-00356

Sentencia N°: 2019-0002

Caso: Ottoniel José Segovia Gutiérrez vs. Dirección de Policía del Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte de la Alcaldía del Municipio Bolivariano Libertador (INSETRA)

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito

En razón de lo antes expuesto, si bien es cierto que el ciudadano Ottoniel Segovia, se encontraba suspendido de las funciones adheridas a su cargo, mientras se mantuvo el procedimiento de investigación por la presunta comisión intencional de un hecho delictivo que afecte la credibilidad de Función Policial, no obstante, fue destituido posteriormente sin una prueba fehaciente o elemento de convicción que conlleve a la aplicación de dicha medida de destitución; razón por la cual, esta Alzada, considera que el Juzgador de Instancia incurrió en el vicio de suposición falsa denunciado ya que estableció inexactamente en su fallo, un hecho positivo o concreto a causa de un error de percepción, el cual no tiene un respaldo probatorio adecuado, motivo por el cual se declara procedente dicho vicio. Así se decide.

NORMATIVA
Enero – Abril 2019

ENERO

Gaceta Oficial N° 41.562 del 11-01-2019

Providencia N° 035, mediante la cual se dicta la Normativa Interna sobre Reconocimientos al Personal de la Superintendencia de Bienes Públicos.

Gaceta Oficial N° 41.572 del 25-01-2019

Resolución N° 002/2019, mediante la cual se dicta el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Procuraduría General de la República.

FEBRERO

Gaceta Oficial N° 41.578 del 04-02-2019

Resolución Nro. 007, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan el Sistema de Diseño Único de Credenciales para los funcionarios y funcionarios policiales del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estadales y Municipales del País.

MARZO

Ninguna normativa relevante publicada en el mes sobre la materia.

ABRIL

Gaceta Oficial N° 41.609 del 03-04-2019

Providencia N° SNAT/2019/00035, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Servidores Públicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Gaceta Oficial N° 6.452 Extraordinario del 25-04-2019

Decreto N° 3.830, mediante el cual se regula y establece la escala general de sueldos para funcionarias y funcionarios públicos de carrera de la Administración Pública.

Decreto N° 3.831, mediante el cual se regula y establece el tabulador general salarial para las obreras y los obreros que participan en el proceso social del trabajo en la Administración Pública.

