

§34. LA TUTELA DEL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DESTITUCIÓN DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Carlos Luis Carrillo Artilés

Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Central de Venezuela y
Universidad Libre de Colombia

I. INTROITO

Es un lugar común al abordar el tema de los procedimientos administrativos dirigidos a establecer la responsabilidad subjetiva disciplinaria de los funcionarios públicos, que se hable de la ineludible necesidad por parte del Estado de respetar las debidas garantías que blinden el derecho a la defensa de quienes participen como investigados o estén incurso en esas específicas relaciones adjetivas con la Administración.

Ha sido una preocupación constante de los ordenamientos jurídicos contemporáneos ir depurando y decantando los procedimientos administrativos, como verdaderos mecanismos garantísticos del llamado Estado de Derecho siempre en la búsqueda de una aproximación a la materialización del tan anhelado principio de legalidad, en donde justamente estas previsiones adjetivas juegan un papel de preponderancia indubitable, ya que se constituyen como los mecanismos idóneos para establecer equilibrios y reglas específicas tasadas entre los particulares y los órganos públicos; cumpliendo una finalidad dual, pues por una parte, se edifican para preservar la esfera jurídica individual de los participantes, y por otra, para servir de contrapeso y limitación al poder estatal, impidiendo el ejercicio de arbitrariedades y manipulaciones protervas por los titulares del Poder Público.

Es con el advenimiento del Estado Occidental Moderno cuando efectivamente se fortalece el aludido principio de legalidad como mecanismo garante por excelencia de la esfera jurídica de los particulares, inclusive aplicable con una relevancia imponderable al caso especial de las singulares relaciones internas entre la Administración Activa y sus operadores denominados funcionarios públicos, cuando éstos últimos se encuentren sujetos a un régimen disciplinario que pretende corregir o sancionar conductas individualizadas desviadas o no deseadas por el legislador, ya sea por actividad o inactividad, las cuales han sido elevadas por consagración expresa de la Ley como causales-tipos que de ser demostradas cabalmente a través de ese iter-procedimental como faltas concretas, permitirían la sustracción por destitución del cargo de quien presta sus servicios en las filas de la Administración Pública.

II. FUNDAMENTO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

Esa potestad disciplinaria que detentan los órganos y entes pertenecientes al Estado que ejercitan función administrativa, presenta múltiples y variados fundamentos, que van desde “la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo”¹; el poderío que tiene la Administración Pública para internamente “castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén ligados a la Administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal”²; hasta llegar inclusive a la asimilación a una especie de “derecho penal administrativo disciplinario”³ del cual están unguadas las autoridades administrativas con el señorío de imponer sanciones ante las acciones u omisiones antijurídicas imputables a sus operadores.

En contraste hay quienes aseguran la existencia de un “poder punitivo o *ius puniendi* único del Estado, que se desagrega en dos manifestaciones o expresiones, a saber: la potestad punitiva penal, lógicamente ejercida por los Tribunales penales, y la potestad punitiva administrativa, ejercida por la Administración Pública, de tal manera que el fundamento de ésta, al igual que el de la primera, estaría estrictamente vinculada al referido poder punitivo general y necesario de todo Estado, pues se insiste en que se trata de dos manifestaciones del mismo poder.

Planteada en estos términos sintéticos las tesis dominante, debe admitirse entonces, desde el punto de vista teórico, que la potestad sancionatoria de la Administración no está concebida básicamente en función del carácter servicial de ésta, a que alude el artículo 141 la Constitución, -Venezolana-, sin que pueda negarse su vinculación con dicho carácter, pero sin llegar a configurarse una relación causa efecto”⁴.

No obstante, se ha afirmado que “sus manifestaciones y ejercicio, no tiene como fundamento la sola represión, ni la corrección de los agentes, funcionarios y empleados, sino la defensa de la autoridad integral de la Administración Pública”⁵, ya que encuentra su origen en las faltas cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, quebrantando el orden interno de la Administración -lo cual- entraña un inacomodamiento del funcionario a la función, y afecta a la propia esencia de la ordenación administrativa”⁶.

Para nosotros el objeto jurídico tutelado por el régimen disciplinario funcional es la eficiencia, agotamiento irrestricto de deberes y el rendimiento en el servicio público⁷ por parte del agente u operador público de carácter administrativo, por cuanto garantiza la buena marcha y desenvolvimiento en la actividad administrativa que a su vez persigue el logro de fines y cometidos de interés público. Corresponde a una potestad única e indivisible del Poder Público, titularizada por el Estado que se ejercita en principio, por in-

1 SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo, Uruguay 1963, p. 325.

2 ALESSI, Renato, *Instituciones del derecho administrativo*, Tomo I, Barcelona, España, p. 231.

3 MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México 1975, p. 347. En este mismo sentido se circunscribe DÍEZ, Manuel María, en su *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina.

4 PEÑA SOLÍS, José, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, Colección de estudios jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela 2005, p. 30.

5 BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 210.

6 GARCÍA OVIEDO, G. y MARTÍNEZ USEROS, E., *Derecho administrativo*, Madrid, España 1968, p. 450.

7 En ese sentido apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1975, bajo ponencia del Consejero Luis Carlos SÁCHICA.

termedio de órganos y entes de naturaleza orgánica administrativa pero también por órganos y entes no orgánicamente administrativos⁸ siempre que éstos ejerciten función administrativa, por lo cual invariablemente los actos derivados de su ejercicio son administrativos sometidos a normas de igual carácter, producto inexorablemente de un procedimiento administrativo que los haya confeccionado o conformado.

III. LA IMPRETERMITIBLE VINCULACIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, aún cuando la enunciada potestad disciplinaria interna esta titularizada por el Estado, corresponde su ejercicio a específicos órganos dentro de esa arquitectura orgánica administrativa, quienes tendrán la acción procedimental -que siempre será de oficio, pero con la singularidad de su imperativa y obligatoria realización-, para activar y motrizar el vehículo adjetivo que establecerá su verificación y consumación frente a un operador público, en su carácter de funcionarios públicos de cualquier índole, cuando fuese procedente. Por ende, la potestad disciplinaria siempre debe encauzarse a través de un procedimiento administrativo previo que certifique y otorgue las máximas garantías posibles, tanto formales como materiales, a los sujetos incurso en su iter-procedimental.

Ese procedimiento administrativo disciplinario de carácter constitutivo, se presenta como la indisponible conexión umbilical entre la potestad disciplinaria que descansa sobre los órganos y entes que ejercitan la función administrativa, y la sanción administrativa, como expresión final de tal atribución pública que pretende corregir conductas reprobables de sus operarios.

Diversos autores han hecho énfasis sobre la importancia del procedimiento administrativo⁹ constitutivo como elemento de “juridicidad de la potestad disciplinaria”¹⁰ para investigar y determinar la tangibilidad de faltas de las cuales sería responsable un funcionario, pues la perdurabilidad de la sanción impuesta dependerá en gran medida de la manera como se haya llevado a cabo la determinación probatoria de la incursión en los supuestos de hecho sancionables, y del respeto de las garantías necesarias para quien sea el sujeto pasivo de tal actividad.

IV. EL ESPECTRO ADJETIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP

En Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.482 de fecha 11 de julio de 2002, y reimpressa por error material del órgano emisor, en la *Gaceta Oficial* N° 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002, consagra en su Título V Capítulo II, un régimen disciplinario especial¹¹ para los funcionarios públi-

8 Como pudieran ser órganos legislativos, jurisdiccionales, ciudadanos y electorales.

9 PRATT, Julio, *Derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo, Uruguay 1977, p. 124.

10 FIORINI, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 600.

11 Es un régimen disciplinario especial, que goza de independencia frente a otras leyes que también regulen la conducta y actividad de los funcionarios públicos, pues no niega la posibilidad de la concurrencia de otras sanciones sobre un mismo sujeto individual, -pudiendo haber identidad en la misma persona física- siempre que medie consagración legal.

cos, el cual descansa en dos tipos de sanciones disciplinarias previstas en su artículo 82, como lo son, la amonestación escrita y la destitución, sustituyendo a las cuatro sanciones previstas en la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1975, de amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión del ejercicio del cargo y destitución.

Por ende la enunciada Ley prevé dos procedimientos administrativos disciplinarios diferenciados¹² a los efectos de la determinación de las faltas que acarreen la imposición de cada sanción aludida, no obstante, en el presente opúsculo nos dedicaremos a analizar la égida del derecho a la defensa en el régimen adjetivo dirigido a la comprobación de los supuestos de hecho previstos como causales de destitución funcional.

V. ÁMBITO SUBJETIVO DE IRRADIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN EN LA LEFP

Al efectuar una inmersión en el específico procedimiento administrativo disciplinario previsto en el Capítulo Tercero de la mal llamada¹³ Ley del Estatuto de la Función Pública, dirigido a establecer la responsabilidad subjetiva del funcionario público a quien se le podría imponer la sanción de destitución del cargo que venía ejerciendo en la arquitectura orgánica de la Administración Pública, se nos impone apriorísticamente efectuar la precisión del ámbito subjetivo sobre el cual operaría dicho régimen adjetivo.

En principio, el procedimiento administrativo consagrado en el artículo 89, iniciado e impulsado por la Administración Pública y dirigido a determinar la responsabilidad disciplinaria individual de un operario administrativo por la incursión en algunas de las causales de destitución previstas en el artículo 86 de la aludida Ley funcional, sin lugar a dudas, está diseñado cavilando en aquellos sujetos que dentro de la función pública gozan de una estabilidad relativa, que serían la especificidad de los llamados funcionarios públicos de carrera, los cuales de acuerdo al artículo 19 *eiusdem*, son aquellas personas naturales que habiendo ganado previamente un concurso público, hayan sido nombrados como tal carácter por la autoridad competente, superado un período de prueba de tres meses y presten servicio remunerado con carácter permanente, además de cumplir cabalmente con los requisitos erigidos en el artículo 17 *idem*.

12 Artículo 84. Procedimiento ante conductas funcionariales que ameriten amonestación escrita. Artículo 89. Procedimiento ante conductas que ameriten destitución del funcionario.

13 Con anterioridad hemos explicado nuestra reserva frente a la denominación semántica dada a la Ley que regula la Función Pública en Venezuela. Hablar de Ley del Estatuto, no solo resulta reiterativo sino incorrecto gramaticalmente, lo deseable hubiere sido que nuestro cuerpo normativo se llamase Ley de la Función Pública o en su defecto Estatuto General de la Función Pública, como se ha dado en el Derecho Comparado. Ese error proviene del atropellado ejercicio legislativo por el cual se gestó esa normativa, con especificidad, cuando la Asamblea Nacional, en fecha 12 de julio de 2002, tildó de “Ley del Estatuto” a la normativa que modificaba el Decreto Ley sobre la Función Pública dictado por el Presidente de la República en fecha 23 de noviembre de 2001, en ejercicio de sus potestades de normación primaria excepcional. Al respecto *ver* CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, “La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, en el libro *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, Homenaje a Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo I, Segunda Edición, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2003.

Aún así, frente a la anterior aseveración se podría plantear la interrogante de ¿si ese régimen adjetivo es aplicable con exclusividad a los funcionarios de carrera, o, si por el contrario también es implementable para los mal llamados funcionarios de libre nombramiento y remoción¹⁴?

Un exiguo argumento en contrario, podría apriorísticamente inducirnos a incurrir en el error simplista de afirmar a ultranza que el aludido procedimiento de destitución del artículo 89 *ibidem*, no es aplicable bajo ninguna circunstancia a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, por la sencilla razón que dichos sujetos no gozan de estabilidad funcional alguna.

Aún cuando nadie pone en duda, que ciertamente esta singular categoría de funcionarios no goza de ningún tipo de estabilidad funcional, en atención a que por esencia son retirables en cualquier momento del seno de la función pública, sin necesidad de acudir a un procedimiento previo¹⁵, por lo que pudieran ser sustraídos perfectamente del cargo de alto nivel o de confianza que venían ejerciendo dentro de la arquitectura orgánica administrativa por la simple decisión ejecutiva de la Administración de la necesidad de disponer del cargo en cuestión y cesar su vinculación funcional con el órgano u ente público; ello no niega que en la práctica podrían darse ciertas situaciones en las cuales la Administración pudiera implementar excepcionalmente el procedimiento erigido en el artículo 89, a un funcionario de libre nombramiento y remoción, con la finalidad de establecer su responsabilidad subjetiva derivada por su actividad o inactividad en el ejercicio de su cargo.

La verificación de un procedimiento fundado en el artículo 89 para demostrar su incurso en situaciones concretas, que por su magnitud y gravedad fueron tipificadas por el legislador en el artículo 86 como verdaderas faltas sancionables con la pena disciplinaria de mayor rigor, como es la exclusión de la función pública; no se excluye por el solo hecho de ser funcionario de libre nombramiento y remoción pues por esa cualidad no se esta exento de ser responsabilizado por tales conductas, aún a sabiendas que se podría desvincularlo de la función pública -mediante una fórmula más sencilla pero que tutelaría su irresponsabilidad- por la vía de la simple retiro denominado en la práctica como simple remoción.

Existen diversas razones que apuntalan con toda certeza la idea de la aplicación excepcional de este singular procedimiento a tales funcionarios, en primer lugar, la Ley no relega expresamente su aplicación a un tipo específico de funcionario público, ni se puede deducir de su contexto; el procedimiento en cuestión está ubicado en el Título IV que consagra el régimen general de “Responsabilidad y Régimen Disciplinario” de todos los funcionarios regulados por dicha Ley, y dada la particularidad que el artículo 89 habla

14 Como ya hemos exteriorizado en trabajos previos, consideramos que la denominación funcionario de libre nombramiento y remoción, es incorrecta, pues en la realidad los funcionarios deberían llamarse de libre nombramiento y retiro, siendo aquellos que son nombrados libremente en cargos de alto nivel o de los calificados como de confianza, -artículos 20 y 21 LEFP- sin necesariamente acudir a un procedimiento previo concursal, y no requieren de un período de prueba, por ende, pueden ser retirados o desarraigados del cargo y de la función pública por la simple voluntad de la Administración Pública de disponer del cargo, ya que nunca detentan estabilidad ni siquiera relativa, en atención a que su esencia primordial es ejercer el cargo de manera temporal. Lo dicho no obsta que circunstancialmente un funcionario de carrera, pudiese ejercer transitoriamente un cargo de libre nombramiento y remoción, y que al finalizar ese ejercicio, deba ser removido y en atención a la preservación de su status de carrera, sea reubicado en su cargo de carrera original o uno similar. Al respecto ver nuestra opinión en: CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, *La reorbitación...Obra Citada*, p. 76.

15 Sentencia N° 1.472 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de noviembre de 2000, bajo ponencia de la Magistrado Ana María RUGGERI COVA.

de “funcionario público” a secas, sin distinguir su aplicación entre funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, no nos cabe duda que dicho procedimiento por la enunciación legal pudiera ser aplicable excepcionalmente también a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, a los efectos particulares del establecimiento de su responsabilidad individual para evidenciar que su retiro de la función pública no obedece a la simple volición administrativa por razones de disposición del cargo por gerencia de personal público, sino que ese singular retiro está motivado por la comprobación efectiva de infracciones al ordenamiento jurídico erigidas como faltas graves que inclusive pudiesen acarrear otras sanciones individuales de naturaleza disciplinarias y administrativa previstas en otro cuerpo legislativo.

Nos arriesgamos¹⁶ a afirmar que de darse el caso que un funcionario de mayor jerarquía administrativa dentro de la unidad administrativa donde se encuentre ubicado un funcionario de libre nombramiento y remoción, detectase que la conducta activa o pasiva de éste último pudiese estar inmersa dentro de uno de los supuestos previstos como causales del artículo 86, sería imperativo de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 89 en concordancia con el primer aparte del artículo 79 *eiusdem*, dar parte de tal situación a la Oficina de Recursos Humanos del organismo en cuestión, a los efectos de la iniciación, sustanciación y decisión del procedimiento previsto en el referido artículo.

No efectuar tal actividad procedimental, si la Administración Pública ha conocido el hecho sancionable y decide sustraerlo de la función pública sin efectuar mención alguna de tal situación, acudiendo a la quizás más fácil pero encubridora fórmula del retiro por remoción del cargo sería condonar la verdadera responsabilidad subjetiva y amparar la mala conducta del funcionario de libre nombramiento y remoción, al no dejar constancia real de los motivos efectivos que impusieron el desarraigo de tal funcionario del aparato administrativo, e inclusive acarrearía responsabilidad individual para el funcionario que conoció de esos acontecimientos sancionables y no dejó evidencia de los mismos.

Otra palmaria justificación para la aplicación del aludido procedimiento del artículo 89 a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es que al declararse su responsabilidad individual que imbrica el retiro por infracción del ordenamiento jurídico y dejar constancia de la falta cometida, pudiera en algunas ocasiones, generarse otras sanciones accesorias que emerjan de otras legislaciones, como sería la inhabilitación para ejercer en el futuro otros cargos públicos, depurando preventivamente la filas de la Administración.

Además, si nuestro ordenamiento jurídico funcional, consagró conductas como supuestos de hecho que son calificadas como faltas disciplinarias de tal envergadura, y por lo tanto otorgó a ciertos órganos, con carácter imperativo, la acción para perseguirlas y la potestad para imponer la sanción correspondiente, mal podría entenderse, que verdaderas incursiones demostradas en comportamientos predeterminados no sean sancionadas correctamente, más allá de la circunstancia referida a si el sujeto infractor goza o no de estabilidad en el cargo.

16 Nuestra posición se extravierte de la interpretación contextual de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y muy especialmente de la novedosa obligación derivada del artículo 89 en concordancia con el primer aparte del artículo 79 *eiusdem*, que impone a los titulares de las oficinas de recursos humanos, el cumplimiento irrestricto del procedimiento disciplinario, so pena inclusive de su propia destitución. La jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la luz de la Ley de Carrera Administrativa, manifestaba con rasgos de generalidad, que para retirar a tal categoría de funcionarios, dado que era discrecional del órgano administrativo su nombramiento y remoción, no constituía un deber de la Administración abrir y sustanciar un procedimiento alguno. La diferencia sustancial es que la ley derogada no preveía la novedosa obligación de iniciar cumplir el procedimiento y decidir sancionar si fuere el caso, por las novísimas normas 89 y 79 citadas.

En fuerza del raciocinio anteriormente expuesto, por interpretación en contrario, se extravierte múltiple jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que afirma que excepcionalmente en aquellos casos en los cuales se ha procedido a retirar a esta categoría de funcionarios alegándose como motivo en el acto de retiro su incursión en alguno de los supuestos de las causales de destitución, -sin que la Administración hubiere iniciado un procedimiento administrativo a tal efecto, no permitiéndosele ejercer su defensa ante esa imputación-, se ha decidido a favor del impugnante ordenando su reincorporación al cargo de libre nombramiento y remoción, así como el correspondiente pago de los sueldos dejados de percibir, por lo cual se deduce que si pudiese acudir a tal mecanismo adjetivo de darse un evento susceptible de tipificación.

Curiosamente luego de producida esa reincorporación por mandato judicial, y de serle cancelados los sueldos dejados de percibir, la Administración pudiera acudir a retirar al mencionado funcionario de libre nombramiento y remoción, alegado simplemente razones de disponibilidad del cargo por mera gerencia del personal público, salvo que incurra en nuevos hechos susceptibles de ser sancionados, por los cuales, -según nuestro criterio- debería acudir a la adjetividad explicada con anterioridad para determinar su responsabilidad individual.

VI. LA ERRÓNEA E INSUFICIENTE REDACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO EN LA LEFP

La construcción legislativa del mecanismo adjetivo previsto en el artículo 89 inserto en el Capítulo III de la Ley del Estatuto de la Función Pública, revela según nuestro criterio, una errónea e insuficiente redacción que acarrea una evidente problemática en torno a la tutela efectiva del derecho a la defensa de los funcionarios públicos disciplinables, sobre los cuales se verifique tal procedimiento administrativo dirigido a comprobar que su comportamiento activo o pasivo es reprochable y encuadra en alguno de los supuestos que a tal efecto erige el artículo 86 *eiusdem* como causales de destitución.

Esas pautas procedimentales revelan situaciones que por la manera temporal como están dispuestas y ordenadas para ser ejecutadas por el órgano instructor, por la ausencia de previsiones ilustrativas específicas, o por desconocimiento de los operarios sustanciadores y funcionarios decisorios, pudieran generar en su aplicación práctica, inobservancias graves de garantías formales y materiales previstas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario, referidas al continente del derecho a la defensa.

VII. LA INSUFICIENCIA DE REMISIONES NORMATIVAS Y EL DESCONOCIMIENTO DE PREVISIONES GARANTÍSTICAS. LA INELUDIBLE LABOR DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

Es usual que múltiples órganos y entes estatales, quienes actúan cotidianamente como sede administrativa y tienen la carga de llevar a cabo e impulsar los procedimientos de esta naturaleza, consideren que su actuación esta ajustada plenamente a la legalidad, tan

solo por implementar y apegarse simplemente a ciegas¹⁷ los trámites de la adjetividad que emerge del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, discurrendo con cierta ligereza, por instrucciones o sustanciaciones de averiguaciones administrativas en donde se obvia palmariamente la labor de integración normativa.

Esa labor de integración normativa impone la aplicación de la adjetividad del 89 en combinación con principios, derechos humanos y garantías fundamentales que en materia disciplinaria funcionarial exaltan particulares mecanismos garantísticos de la esfera jurídica de los disciplinables, como serían: el derecho inalienable de conocer que se instruye una causa en su contra desde el mismo momento de la génesis o activación de una formulación procedimental en su contra, permitiéndose a su vez, el control procedimental del cúmulo universal de pruebas que incidan sobre un ámbito individual-subjetivo para la prevalencia absoluta de un debido procedimiento; la comprensión y determinación de la temporalidad idónea para llevar a las actas del expediente las pruebas por la Administración, y su diferencia cronológica con las pruebas invocadas por el presunto disciplinado; la interpretación cerrada de los supuestos tipos que afloran como causales para sancionar; la proporcionalidad entre la sanción disciplinaria y la gravedad de los hechos demostrados como falta; y otras serie de circunstancias que den preeminencia a principios como los de confianza legítima, participación y contradicción, igualdad, en fuerza de la ya precitada garantía del debido procedimiento.

Por ello al momento de instaurarse un procedimiento de naturaleza disciplinaria funcionarial de acuerdo al 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se impone la impretermitible necesidad de abordar el entramado normativo de garantías más allá de la simple lectura de dicha Ley, imponiéndose la labor de integración normativa, contextualizando ese procedimiento sancionatorio con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, con las disposiciones constitucionales como normas supraordinadas a todo el ordenamiento jurídico, muy especialmente en lo atinente al derecho a la defensa y al debido procedimiento previsto en el precepto 49 de nuestra Constitución; la aplicación de otros instrumentos como Pactos Internacionales que actualmente por mandato del precepto constitucional 23 tienen rango fundamental, y en segundo lugar, con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, normación de aplicación residual¹⁸, la cual debe emplearse a favor del particular involucrado para llenar los vacíos procedimentales no cubiertos expresamente por el procedimiento administrativo disciplinario de la Ley del Estatuto de la Función Pública, -al efecto de hacer efectivo lo dispuesto en el citado precepto 49 constitucional y en las otras disposiciones que avalen el debido procedimiento-, en lo referente a la defensa integral del funcionario público sometido al régimen disciplinario.

17 El aludido artículo 89 erige nueve fases consecutivas que inclusive fueron signadas con números, lo cual genera -con mucha frecuencia- la idea inmediata al descuidado, poco acucioso o mal informado lector, de considerar que esas previsiones adjetivas se bastan por sí solas y contienen toda la universalidad de principios y garantías que rigen ese singular régimen disciplinario funcionarial, y lo que es peor, que se deben aplicar taxativamente en la forma y temporalidad como se describe y están dispuestas.

18 En los cursos de post grado impartidos y en trabajos previos, hemos exaltado la idea de la aplicación "residual" por vía de analogía de las garantías procedimentales previstas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en los aspectos no cubiertos parcialmente por procedimientos previstos en leyes especiales dirigidos a la formación de un acto singular. Esta noción dista de la aplicación "supletoria" del procedimiento ordinario del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual comporta una implementación en toda su extensión de esa específica adjetividad, ante el defecto o inexistencia total de previsión normativa en la Ley especial de un procedimiento a seguir para formar un acto administrativo. Es curioso el hecho que la Ley del Estatuto de la Función Pública no hace referencia alguna en los capítulos referidos a los procedimientos llevados en sede administrativa, a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual no obsta en lo absoluto de la operatividad de la aplicación residual, previamente expuesta.

VIII. EL FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO Y SUS IMPLICACIONES

Esa garantía del debido procedimiento plasmada en el precepto 49 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y en su reimpresión del año 2000, como derecho fundamental de aplicación directa e inmediata; está consagrada a su vez, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada en igual data de 1948, asimismo en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica del año 1969, normas que inducen a una idea global e integradora de mecanismos protectivos de la esfera subjetiva del presunto disciplinable, aplicables con las matizaciones que correspondan al caso funcional.

Estos instrumentos concatenan el principio fundamental de presunción de inocencia del involucrado, quien realmente se presenta no como contraparte de la Administración sino como un coadyuvante, a los efectos de la investigación en la búsqueda de la verdad procedimental; el principio de improbabilidad de doble juzgamiento por la misma causa, o también denominado principio *'non bis in idem'*, como axioma medular de derecho sustancial que aduce la idea que una vez decidido definitivamente firme un acto administrativo generador de la llamada cosa juzgada administrativa disciplinaria, se solidifica y convierte en inmutable lo decidido en sede administrativa, no pudiendo ser objeto de un nuevo procedimiento administrativo disciplinario con la misma identidad al ya decidido.

IX. INMERSIÓN EN EL ARTÍCULO 89 DE LEFP. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Al efectuar una inmersión en el numeral 1 del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se observa la formalidad que ordena que, una vez detectado un comportamiento activo o inercial por parte de un funcionario público que pudiera ser encuadrado dentro de alguno de los catorce numerales previstos como causales de destitución por el artículo 86 *eiusdem*, correspondería especialmente a un sujeto determinado dentro de la estructura orgánica administrativa, como lo es, 'el funcionario de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad administrativa' donde se encuentre inserto en el presunto infractor disciplinable, la obligación de solicitar la 'apertura' de una denominada 'averiguación', a un órgano instructor y sustanciador especial de los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria funcional, como lo es la oficina de recursos humanos o estructura asimilable¹⁹ de los órganos o entes públicos que ejerciten función administrativa.

Es curioso el hecho que la Ley haga mención a la solicitud de una 'apertura', termino que semánticamente puede ser entendido como abrir una supuesta 'averiguación', por

19 Dado el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública a todos los entes territoriales de la división político territorial venezolana, como lo son, la federación, los estados federados y los municipios, pudiera darse la situación que dentro de estas estructuras estatales o municipales, pudiese no existir un órgano con la calificación expresa de "oficina de recursos humanos", como producto de su potestad autonómica organizativa otorgada constitucionalmente a esos entes; en tal caso, le corresponderían al órgano interno con nomenclatura distinta al cual se le haya otorgado por vía legal, competencias asimilables a las de la oficinas de recursos humanos.

parte de la oficina de recursos humanos o quien haga sus veces en la estructura orgánica interna, pero tendríamos que preguntarnos si ¿formal y efectivamente esta solicitud pudiera ser entendida como un inicio formal del procedimiento administrativo disciplinario funcional?

Consideramos rotundamente que con esa actuación no se puede hablar en manera alguna de inicio formal del procedimiento disciplinario, pues todo procedimiento administrativo de iniciación o modo de proceder de oficio, nace estrictamente cuando se traba la relación procedimental, lo cual efectivamente corresponde a partir del momento en que se notifica al particular interesado del origen formal de una averiguación o procedimiento que eventualmente podría incidir en su esfera jurídica subjetiva.

Antes de ese momento solo puede hablarse de la configuración y materialización de una etapa compuesta de una serie de actos de trámite concatenados entre si, de naturaleza preparatoria, que solo puede ir dirigidos a la conformación del nacimiento del procedimiento administrativo del cual formaran parte, y que el caso que nos ocupa, consistirían justamente en remitir la información de la conducta o hecho detectado con los simples elementos con los que se cuente para ese momento, a la oficina de recursos humanos como único órgano competente al efecto de la iniciación y sustanciación de procedimiento, siempre que ésta oficina considere su pertinencia, al previamente evaluar el hecho detectado y llevado a su conocimiento bajo el análisis de si eventualmente es tipificable la conducta como antijurídica a los efectos que sea oficioso instaurar un procedimiento. En caso contrario, perfectamente la oficina de recursos humanos pudiera desechar la información mediante acto motivado, al considerar inoficiosa o impertinente una sustanciación de hechos que no pudieran ser encuadrados como falta funcional.

Como puede observarse, no se trata de una averiguación inicial separada o desconectada con el procedimiento disciplinario, sino una fase preparatoria o instrumental del mismo que dependerá su existencia de la iniciación formal de aquél -ya que existe un principio de unicidad procedimental en donde el procedimiento se entiende como un todo, con la particularidad que esta compuesto por fases o etapas intrínsecas-.

Por otro lado, existe la errada y diseminada creencia en muchos funcionarios instructores que el procedimiento administrativo nace al dictarse un acto administrativo de apertura, al cual mal califican como 'auto de apertura' por una mala asimilación a los procesos judiciales, lo cual dista absolutamente de la realidad procedimental administrativa. Sin embargo, a partir de esa actuación creída es donde se podría generar -y se genera en la praxis- una gama inusitada de verdaderas violaciones al derecho a la defensa de los presuntos sujetos pasivos del procedimiento.

Ello se deriva de la incorrecta redacción del numeral 2 del artículo 89 que textualmente manifiesta que: "La oficina de recursos humanos instruirá el respectivo expediente y determinará los cargos a ser formulados al funcionario o funcionaria público investigado, si fuere el caso", para luego decir en su numeral 3 que "una vez cumplido lo establecido en el numeral precedente, la oficina de recursos humanos notificará al funcionario o funcionaria público investigado para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa, dejando constancia de ello en el expediente..."

Consideramos que pudiera mal interpretarse de la redacción del numeral 2 y de la lectura inmediata del numeral 3, que la ley deja en manos de la oficina de recursos humanos, una sustanciación a espaldas del eventual sancionable -lo cual sería absolutamente inconstitucional- en donde el órgano público libremente pudiese recabar por su arbitrio todo género de pruebas sin limitación ni control alguno al momento de su obtención, por

quien, sin lugar a dudas, es el interesado en ese procedimiento por ser el eventualmente sancionable, y además prefabricar una determinación de cargos subjetivos de manera subrepticia.

Curiosamente el numeral 3 del artículo 89 expresamente habla que, luego de cumplida la sustanciación del expediente, recabadas las pruebas por la Administración e inclusive determinados los cargos a espaldas del investigado por previsión del numeral 2, es cuando la oficina de recursos humanos notificará al funcionario público investigado “para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa”, en franca contradicción a la garantía constitucional prevista en el artículo 49, que eleva el derecho fundamental a la defensa y la asistencia jurídica como derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del procedimiento. Acaso ¿no tendría derecho el funcionario presuntamente investigado de acceder al expediente en cualquier momento, o a ejercer cualquier tipo de actividad defensiva desde los orígenes de la averiguación?

El problema no es nada sencillo, pues la idea no es cercenar a los órganos públicos encargados de llevar a cabo una investigación de las probabilidades para evidenciar una falta cometida por un funcionario, pero resulta que ese poder investigativo debe ser ponderado y limitado frente a la égida de la esfera jurídica subjetiva, muy especialmente en lo atinente al derecho a la defensa, de quien pudiese ser afectado por tal actividad disciplinaria.

Pudiera ser factible que la Administración Pública llegue a tener conocimiento de un hecho que pudiera ser encuadrado en algunos de los supuestos tipos como causales para destitución, sin detectar a priori elementos que hagan incidir ni siquiera alguna presunción que haga referencia a un singular o particular funcionario público, lo cual solo podría ser viable frente a hechos relacionados con las causales 8 y 12 y eventualmente 5, 6, 7 y 11, en virtud que los supuestos de hecho pueden en principio, no arrojar a un probable responsable. Ante estos eventos la Administración tendría las más laxas facultades de investigación y libre recabamiento de elementos probatorios de índole estrictamente objetiva -pues solo estaría alinderada de acuerdo al artículo 88, por la imbricación temporal de la operatividad de la prescripción de la acción procedimental para perseguir esa falta, la cual es de ocho meses a partir del conocimiento del hecho por la Administración, y no se hubiere notificado personalmente al presunto involucrado, aún cuando la ley habla de no haberse solicitado la apertura de la averiguación.

Esa facultad libre de investigación de pruebas objetivas permitirían que la Administración llegue a tener certeza de la ejecución de los hechos constitutivos de una falta administrativa, y en lo sucesivo, llegar tímidamente a empezar a deducir un eventual responsable, momento a partir del cual, debe ser automáticamente notificado ese funcionario de la iniciación formal del procedimiento de oficio en el cual esta siendo investigado.

De acuerdo a nuestro criterio, nunca podría sustanciarse un procedimiento o averiguación para levantar pruebas de naturaleza subjetiva -en el entendido que apunten a un sujeto funcional determinado-, sin haberse notificado a ese involucrado de la iniciación de la averiguación; notificación que indiscutiblemente se impondría ante las causales 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 13, 14, y eventualmente inclusive en algunos de los supuestos de los numerales 5, 6, 7, 8 y 12 del artículo 86, porque debido a su naturaleza siempre habría un presunto inculpado desde el mismo momento de detectarse la comisión de los supuestos de hecho disciplinables.

Esta regla únicamente podría ser atenuada ante situaciones que por su naturaleza arrojen pruebas que solo pudieran ser captadas al materializarse en un momento determinado, y cuyo retardo en la obtención de la prueba fuese perjudicial o las haga inviables,

porque de acuerdo a su esencia son susceptibles de desaparecer por el paso del tiempo, o por efectos endógenos o exógenos a ella misma, las cuales aún cuando sean de naturaleza subjetiva, en el sentido que involucren a un sujeto funcional determinado, pudiesen por excepción ser recogidas al momento de producirse sin haberse notificado al funcionario presuntamente sancionable, sin embargo, de inmediato se impondría su remisión a la oficina de recursos humanos para que se notifique del inicio del procedimiento al funcionario señalado por los indicios subjetivos recogidos.

De manera que, salvo la enunciada excepción explanada en el párrafo precedente, la regla es que en el mismo instante o momento en que en los actos preparatorios del procedimiento disciplinario denoten, -aunque sea circunstancialmente-, alguna presunción que subjetivice o individualice el asunto en un funcionario determinado, se impondría incontrovertiblemente su notificación al efecto que conozca que se le esta investigando, trabando la relación procedimental y garantizándole fluidamente el derecho a la defensa integral a través de ese iter procedimental, así como el control procedimental en la obtención de la pruebas, aún cuando específicamente esa notificación no esta referida por el numeral 2 del artículo 89. Desconocer esto o prevalecerse de esa ausencia normativa, podría conculcar garantías efectivas de índole fundamental y legal que prevé nuestro ordenamiento jurídico las cuales dan cobertura a la esfera individual.

De hecho, la ley en ese referido numeral 3 edifica todo un elenco de vías para permitir cualquier notificación efectiva del funcionario, por cuanto si no pudiese hacerse la notificación personalmente, se entregaría la misma en su residencia y se dejaría constancia de la persona, día y hora en que la recibió. A tal efecto, cuando el funcionario público ingrese a la Administración Pública debe indicar una sede o dirección en su domicilio, 'la cual subsistiría para todos los efectos legales ulteriores y en la que se practicarían todas las notificaciones a que haya lugar'. Si resultare impracticable la notificación en la forma señalada, se publicaría un cartel en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad y, después de transcurridos cinco días continuos, se dejaría constancia del cartel en el expediente y se tendría por notificado al funcionario público.

Un planteamiento que comúnmente surge en el seno de los órganos administrativos, es que si se notifica al funcionario presuntamente infractor del inicio formal del procedimiento administrativo disciplinario previsto en el artículo 89 a los efectos de garantizar el precepto constitucional 49, se generaría la consecuencia dispuesta del mandato del numeral 4 del artículo 89, por lo que la Administración Activa solo dispondría de 5 días para recabar las pruebas subjetivas²⁰ dirigidas a inculpar personalmente al investigado,²¹ pues al quinto día hábil después de haber quedado notificado el funcionario público, la oficina de recursos humanos tendría la obligación de formularle una imputación de cargos específicos a que hubiere lugar. Es significativo aclarar que, aún cuando la Ley habla del quinto día, este debe entenderse como un lapso en el cual dentro del mismo, se deba efectuar la formulación imputativa, que en realidad no es un acto formal sino una notificación personal por escrito de los cargos.

Es significativo resaltar que el lapso para recabar pruebas -objetivas y subjetivas- por la Administración cesa con la imputación de cargos al funcionario presuntamente disciplinable, ya que posteriormente a esta incriminación, la Administración no podría traer

20 Salvo la excepción de pruebas subjetivas obtenidas al instante de la consumación de los hechos, y las que puedan desaparecer por transcurso del tiempo, o por elementos internos o externos.

21 Este lapso de 5 días para recabamiento de pruebas subjetivas, resulta igualitario y equilibrado al lapso de 5 días para promover y evacuar pruebas con el que cuenta el funcionario imputado luego de descargarse de las imputaciones efectuadas por la Administración, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 89.

elementos nuevos al procedimiento que trastornarían cualquier eventual defensa que efectuó el funcionario imputado, todo ello en atención a que luego de imputados los cargos el funcionario presuntamente sancionable, tiene un lapso de cinco días para efectuar su descargo mediante consignación de escrito razonado.

Paradójicamente el numeral 5 reitera lo dispuesto en el numeral 3 del citado artículo 89, al manifestar que el funcionario público investigado ‘durante el lapso previo a la formulación de cargos y dentro del lapso para consignar su escrito de descargo, tendrá acceso al expediente y podrá solicitar que le sean expedidas las copias que fuesen necesarias a los fines de la preparación de su defensa’, reincidiendo en un matiz preocupante del numeral 1 del precepto constitucional 49, elevándose de nuevo las inquietudes en torno a las garantías fundamentales que blindan el continente del derecho a la defensa, ya expresadas con anterioridad y las cuales damos por reproducidas.

Continúa el numeral 6, acotando que inmediatamente al superarse el mal llamado “acto” de descargo, se abriría un lapso de cinco días hábiles para que el investigado promueva y evacue las pruebas que considere conveniente. Es sumamente importante resaltar que este lapso es para llevar a las actas del expediente administrativo solo las pruebas alegadas por el involucrado presuntamente sancionable, estándole vedado a la Administración introducir nuevos elementos probatorios, ya que si ese fuera el caso, se estaría distorsionando las bases por las cuales se defendió el funcionario imputado en su descargo, engendrándose una afectación directa del derecho fundamental a la defensa.

Así el numeral 7 manifiesta que, vencido el lapso de pruebas exclusivas del funcionario involucrado, la oficina de recursos humanos cuenta con dos días hábiles para remitir el expediente contentivo de todos los recaudos a la Consultoría Jurídica o unidad similar del órgano administrativo, con la finalidad de la emisión de una opinión -no vinculante para el órgano decisor- sobre la procedencia o no de la destitución, para lo cual, dispondrá de un lapso de diez días hábiles.

Finalmente el numeral 8 deja en manos del órgano decisor encarnado por la máxima autoridad del órgano o ente que ejerza la función administrativa, la obligación de decidir si procede a destituir al involucrado o no, dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la Consultoría Jurídica, imponiéndosele como es natural, la obligación de notificar en uno u otro sentido al funcionario público investigado, indicándole en el caso de ser sujeto de la destitución, la acción jurisdiccional -mal llamado recurso- que procediere contra dicho acto, así como el tribunal competente ante el cual podría presentarla y el término cronológico para ello.

X. ALGUNAS PROPUESTAS FINALES

Según nuestro parecer en materia disciplinaria debería estar expresamente proscrita por la ley funcionarial, toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa o en todo caso, producto de la actitud consciente y voluntaria del agente, que da lugar a ser reprochable. No toda acción u omisión por sí sola hace responsable al agente público. Existen situaciones reales en las cuales el funcionario debería quedar exonerado de responsabilidad disciplinaria, sin embargo nuestra legislación funcionarial es insuficiente, ya que no consagró causas de exclusión ni de atenuación de responsabilidad disciplinaria, como son la fuerza mayor o caso fortuito; la coacción ajena sufrida como violencia real sobre sí o sobre sus familiares o cosas; la

viabilidad de singulares casos de ponderación de intereses en juego donde el bien jurídico tutelado y la defensa de la sociedad se impondría ante deberes tasados legalmente que pudieran ser incumplidos por un funcionario, lo cual en los actuales momentos quedaría en manos de la discreción administrativa del órgano sancionador o de la apreciación eventual del juez contencioso funcional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Renato, *Instituciones del derecho administrativo*, Tomo I, Barcelona España.
- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Buenos Aires Argentina, 1964.
- CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, "La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública." En el libro *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, Homenaje a Hildegard RONDÓN DE SANSÓ*, Tomo I, Segunda Edición, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas, 2003.
- DÍEZ, Manuel María en su *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires Argentina.
- FIORINI, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1968.
- GARCÍA OVIEDO, G. y MARTÍNEZ USEROS, E. *Derecho administrativo*, Madrid España, 1968.
- GHERSI MARTINEZ, Vivot (h) y DE ANTUENO MARCER, Cruchaga, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires 1987.
- MARMOLEJO ESPITIA, Oscar Humberto, *Régimen disciplinario de los servidores públicos*, Editorial Leyer, Bogotá 2002.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *Régimen jurídico de los funcionarios*, Editorial Tecnos, Madrid España 1999.
- MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México 1975.
- MORELLI RICO, Sandra, "La participación en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo", *Temas de Derecho Público*, N° 40, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 1996.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionatorio*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid España 2000.
- PEÑA SOLÍS, José, *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*, Colección de estudios jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas Venezuela 2005.
- PRATT, Julio, *Derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo Uruguay 1977.
- RODRÍGUEZ FALCÓN, Joaquín, *Los Deberes y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos*, Paredes Editores, Caracas 1985.
- RODRÍGUEZ FALCÓN, Joaquín y MARIA COLLETTI CACCIABAUDO, *Introducción analítica al reglamento general de la ley de carrera administrativa*, Ediciones de función pública venezolana, Caracas 1982.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho administrativo disciplinario*, Ediciones librerías del profesional, Segunda edición, Bogotá Colombia 1989.

SANCHEZ Morón, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid España 1996.

SANTOFINO GAMBOA, Jaime Orlando, “El derecho de defensa en las actuaciones administrativas.situación jurisprudencial”, Instituto de estudios constitucionales Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, *Temas de Derecho Público*, N° 54, Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia 1998.

SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Montevideo Uruguay 1963, p. 325.

TORRES Ivan Dario, *Derechos y deberes del trabajador y del funcionario público*, Italgráfica S.A., Caracas 1994.