

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

S U M A R I O

PRIMERA PARTE

I. *INTRODUCCION.* 1. Características generales. 2. Oportunidad histórica en la que la Ley es dictada. 3. Previsiones positivas sobre su eficacia. 4. Previsiones en contra.

II. *ENFOQUE GENERAL DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.* 5. Concepto de responsabilidad. a) Valor semántico; b) Sentido popular; c) Elementos que la califican. 6. Responsabilidad jurídica. a) Sanción en el sentido amplio; b) Deber. 7. Independencia y acumulación de responsabilidades. 8. Responsabilidad no jurídica. 9. Tipos de responsabilidad en la Constitución vigente derivados del ejercicio del Poder Público. 10. Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal. 11. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivadas del hecho ilícito. 12. La pena. 13. Violación de la norma administrativa.

III. *NATURALEZA DE LA SANCION ADMINISTRATIVA.* a. Criterio cuantitativo; b. Criterio cualitativo; c. Tesis de James Goldschmidt; d. Tesis de Zanobini.

IV. *PROBLEMATICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. SU UBICACION EN LA SISTEMATICA JURIDICA.* 14. Determinación de su origen en el Derecho Canónico. 15. Origen en el Derecho Civil. 16. Origen del Derecho Administrativo.

V. *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.* 17. Notas específicas. 18. Responsabilidad disciplinaria. 19. Pena disciplinaria y pena criminal. 20. Potestad disciplinaria. 21. Nuevo enfoque del derecho sancionador de la Administración y de la responsabilidad administrativa.

SEGUNDA PARTE

VI. *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.* 22. Responsabilidad administrativa y disciplinaria. 23. Origen de la responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda. a. Faltas establecidas en la Ley de Salvaguarda; a-I. Supuestos relativos a la violación

de reglas de buena administración; a-II. Faltas relativas a la declaración de bienes. 24. Criterios para determinar la existencia de los supuestos constitutivos de la falta. 25. La responsabilidad administrativa en el régimen de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la nueva ley. 26. El problema del cúmulo de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad disciplinaria. 27. La discrecionalidad de la Contraloría General de la República en la determinación de la responsabilidad administrativa.

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCION

El tema que me corresponde tratar es el de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad disciplinaria en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Como estamos entre personas estudiosas del derecho público sabemos que el deber fundamental de todo el que actúa en tal campo es el de mantenerse en los límites de su competencia, sin excederla, sin abusar de ella. Desbordarla tiene el demérito en estos ciclos de conferencias con múltiples exponentes, de que se invaden temas asignados a otros, incurriendo en un vicio moral que es el de hacer que la exposición ajena pierda la novedad y consiguientemente el interés. De allí que deba ceñirme a la materia que me fue asignada; pero indudablemente que para hacerlo he de plantear los elementos básicos que la circundan.

1. *Características generales*

El análisis que hemos de hacer se refiere a la Ley de Salvaguarda, cuya cédula de identidad dice lo siguiente:

Nombre: Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Fecha de nacimiento: Sancionada el 2 de diciembre de 1982. Promulgada el 18 de diciembre de 1982. Publicada el 23 de diciembre de 1982. Fecha de vigencia: 1º de abril de 1983.

Género: Orgánica. Esto es, una categoría particular de leyes que según el artículo 163, segundo aparte de la Constitución, tiene la característica de que las "leyes que se dicten en las materias reguladas por ella" se someterán a sus disposiciones.

Objetivos: 1. Impedir, perseguir y reprimir el enriquecimiento ilícito y los restantes delitos contra la cosa pública. 2. Hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria de los funcionarios sometidos a ella.

Fin que la ilumina: a) Proteger el patrimonio público, impidiendo todo gasto ilegal, inútil y perjudicial, esto es, una forma de tutela de los bienes públicos que va más allá de la legalidad formal; b) Reafirmar los principios de probidad administrativa entendidos no sólo como probidad en el obrar sino también como obediencia a los principios de buena y sana administración.

Medios para obtener los fines: 1. Preventivos. Cuyo mecanismo más notorio es la declaración jurada de patrimonio. 2. Represivos. Las sanciones penales y las administrativas.

2. *Oportunidad histórica en la que la ley es dictada*

Si se tratara de una carta astral se podría decir que ella nace cuando coinciden en el firmamento de la realidad política, una serie de sucesos vinculados con su objetivo y reveladores de la insuficiencia del sistema vigente para regularlos, y de la necesidad de un nuevo régimen o espíritu que ilumine a los administradores de nuestro patrimonio, son ellos:

a) El desmoronamiento del más importante banco del Estado motivado por la mala gestión de sus administradores, permitida, consentida o soportada impunemente por sus contralores.

b) La reducción de nuestros ingresos derivado de la caída de los precios del petróleo, de la limitación de los niveles de producción en este campo y del fantasma de la deuda externa.

3. *Previsiones positivas sobre su eficacia*

a. El hecho de que ella surge del consenso de los partidos políticos para fijar una normativa más severa que la existente.

b. El hecho de que ella atiende a la conciencia de la colectividad que exige que cese la impunidad de los delitos contra la cosa pública.

4. *Previsiones en contra*

a. La Historia con mayúsculas. Las múltiples leyes que antecedieron a la presente. El pesimismo que nos acosa cuando se sabe que las normas *sí las había*, que fue el *sistema* el que no funcionó.

b. Las dos grandes incógnitas:

1. La jurisdicción especial establecida, con todos los riesgos que ella implica y, el haber partido de una base endeble al no haberse es-

tablecido un régimen más seguro para la determinación de la idoneidad de los jueces que la integrarán: el concurso de oposición.

2. La discrecionalidad de la Contraloría General de la República, sobre todo en el campo de la aplicación de las sanciones administrativas, discrecionalidad que no es *técnica*, sino pura y simple discrecionalidad administrativa.

II. ENFOQUE GENERAL DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Para enfocar la materia relativa a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad disciplinaria, hemos de analizar la noción misma de la *potestad disciplinaria*, esto es, el problema del llamado Derecho Disciplinario, y por ello, más que exposición analítica del derecho positivo, nuestro estudio ha de dirigirse hacia la Teoría General del Derecho, fuente inagotable para el conocimiento de las normas, para la verdadera formación y comprensión del Derecho.

Al efecto, la realidad actual nos dice que un gobernador ordena el arresto de varios periodistas, que un juez dicta una medida análoga en relación con un abogado litigante.

Vemos así a funcionarios de un Estado de Derecho disponiendo de la libertad de los sujetos, de la libertad, que es el supremo bien, después de la vida, que consagra y tutela la Constitución, con el autoritarismo con que podría hacerlo un funcionario que actuara en un período anterior a la Revolución Francesa. ¿Qué se está aplicando, el Derecho Penal o el Administrativo?, ¿o se está en esa esfera intermediaria que se denomina Derecho Disciplinario? Para entender toda la problemática que surge al respecto y que obviamente se conecta con nuestro tema específico, por cuanto en la Ley de Salvaguarda hay sanciones administrativas que en definitiva pueden resultar limitativas de la libertad, es necesario hacer previamente una serie de consideraciones generales. Veamos ante todo qué es responsabilidad, qué es sanción, qué tipos de responsabilidad administrativa existen en la esfera de las disciplinas jurídicas.

5. *Concepto de responsabilidad*

a) *Valor semántico*

La palabra RESPONSABILIDAD es uno de los términos más usados tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje corriente. Su valor

semántico es el de: Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Carga u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.

b) *Sentido popular*

La acepción vulgar del vocablo en nuestro medio identifica responsabilidad con la idea de la seguridad que ofrece un sujeto de dar cumplimiento a sus deberes, y así, se dice que alguien es responsable para indicar que atiende a sus obligaciones. Esto quiere decir, que el significado usual del término entre nosotros, invierte los valores jurídicos, ya que se usa el calificativo "responsable" para expresar una condición positiva del sujeto al cual se le atribuye.

c) *Elementos que la califican*

La responsabilidad es calificada por distintos elementos, en forma tal, que se habla de responsabilidad para aludir a la imagen que las generaciones futuras tendrán de determinados eventos o personajes; de responsabilidad profesional como sinónimo de buena reputación en el desempeño de una actividad, aludiendo así a la seriedad de un técnico o experto en el cumplimiento de las tareas que asume, y de responsabilidad moral para indicar la posición de un sujeto frente a su propia conciencia.

Estos calificativos colocan, sin embargo, al término dentro de un ámbito extrajurídico, a diferencia de otras expresiones que sí caen de lleno en el campo del Derecho, porque implican consecuencias jurídicas, así las que aluden a: responsabilidad política; responsabilidad administrativa; responsabilidad disciplinaria; responsabilidad civil y responsabilidad penal.

6. *Responsabilidad jurídica*

Cuando entramos en el campo del Derecho, la responsabilidad se presenta como una consecuencia desfavorable de una conducta determinada.

a) *Sanción en el sentido amplio*

Sanción, por su parte, es cualquier medio del cual el legislador se valga para asegurar la eficacia de una norma. Ante la anterior no-

ción cabe preguntarse si responsabilidad y sanción son términos que indican una misma cosa; si toda sanción implica responsabilidad y si toda responsabilidad entraña una sanción.

Entre ambos conceptos puede anotarse una diferencia sutil, justamente la que existe entre lo que está en potencia y lo que está en acto. Responsabilidad sería lo potencial; sanción la consecuencia objetivada; por ejemplo, será responsabilidad civil, el estar sujeto a indemnizar patrimonialmente al lesionado; será sanción, el pago de una suma precisa. El ejemplo anterior nos revela también que la diferencia es análoga a la existente entre lo abstracto y lo concreto. La responsabilidad, es la sujeción a la consecuencia desfavorable que pueda derivar para un sujeto de su acción u omisión que le sea imputable; la sanción, es la pena o la reparación individualizada, cualquiera que sea su naturaleza.

Cuando decimos que la responsabilidad es el sometimiento de un sujeto a las consecuencias desfavorables que deriven de una conducta que le sea imputable, utilizando este último término en sentido kelseniano, estamos aludiendo a una serie de supuestos básicos, tales como al hecho de que sujeto de la responsabilidad es todo ente dotado de personalidad jurídica, tanto persona física como moral.

En efecto, la responsabilidad por su concepto mismo, el de ser un estado subjetivo, una determinada posición jurídica, no puede ser atribuida sino a un sujeto de derecho, esto es, a una persona en sentido jurídico. Igualmente, deriva de tal afirmación, que las consecuencias recaerán sobre el sujeto, bien por haber realizado u omitido una acción, o bien porque se le atribuya por su especial condición jurídica.

b) *Deber*

Con mayor tecnicismo podríamos decir que la responsabilidad deriva del incumplimiento de un deber, si por deber entendemos la conducta (activa u omisiva) impuesta por el ordenamiento. Es conveniente señalar que el deber puede ser hacia alguien determinado que posea frente al mismo un interés jurídicamente protegido, lo cual hace surgir el concepto de obligación. El deber puede ser hacia un destinatario abstracto no preciso, como lo es la colectividad social. Estos últimos deberes son los que se refieren a las normas penales, así como los que corren a cargo de la Administración Pública. Se dice que la violación de estos deberes no lesiona un interés protegido por el ordenamiento sino que atenta contra el ordenamiento mismo.

7. *Independencia y acumulación de responsabilidades*

De un solo hecho es posible que deriven distintas consecuencias desfavorables para un mismo sujeto. De un acto ocasionado con intención de dañar (dolo) puede desprenderse para su autor la responsabilidad penal, la patrimonial, la disciplinaria.

Es conveniente señalar igualmente la situación contraria, esto es, la de que de un hecho derive sólo un tipo de responsabilidad, con prescindencia de las demás. De allí que convenga enunciar la regla con toda claridad en el sentido siguiente: de un mismo hecho pueden derivar diferentes responsabilidades, lo cual no implica que siempre sea así, ya que tal hecho puede ser simplemente la fuente de alguna de ellas específicamente, con prescindencia de las demás.

Es el anterior el llamado "principio de la independencia de cada tipo de responsabilidad frente a los restantes", enunciado en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en su artículo 32, respecto a la responsabilidad administrativa frente a la responsabilidad civil y penal. Del anterior deriva, igualmente, el de "acumulación de la responsabilidad".

Excluyendo la responsabilidad ética, hemos ya señalado que de un hecho pueden derivar las otras responsabilidades enunciadas que son de naturaleza jurídica. ¿Qué las diferencia? Hemos indicado que un hecho único puede ser generador de muchas responsabilidades de naturaleza jurídica. La Constitución venezolana vigente, en forma reiterada las enuncia. Partiendo de la premisa antes indicada de que un solo hecho puede ser generador de varias responsabilidades, es indudable que la diferencia entre ellas no puede derivar de la naturaleza del hecho, porque éste puede ser siempre el mismo. La diferencia, se ha dicho, estriba exclusivamente en las modalidades de la sanción, porque cualquier esfuerzo que se haga por encontrarla en razones sustanciales ha sido siempre insatisfactorio.

8. *Responsabilidad no jurídica*

Finalmente, la responsabilidad moral es ajena al derecho, porque ella pertenece exclusivamente a la relación del hombre con su conciencia. Ella nace y se agota en el plano de los valores y de allí que se refiera a su vida interior. La responsabilidad moral es propia de los entes dotados de subjetividad, ya que es la posición del yo interno frente a los imperativos categóricos que exigen su cumplimiento, fuera de cualquier consideración contingente de conveniencia.

9. *Tipos de responsabilidad en la Constitución vigente derivados del ejercicio del Poder Público*

La Constitución enuncia las responsabilidades jurídicas que surgen con motivo del ejercicio del Poder Público, señalando así en el artículo 46 a la responsabilidad penal, a la civil y a la administrativa. El artículo 220, ordinal 5, por su parte, al enunciar las atribuciones del Ministerio Público, señala como una de ellas, el intentar acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones. En su oportunidad analizaremos las antes mencionadas disposiciones constitucionales; pero por el momento lo que nos interesa es la circunstancia de que se mencionan como responsabilidades de quienes ejercen funciones públicas a la responsabilidad civil, la penal, la administrativa y la disciplinaria. Las dos últimas se encuentran enunciadas, en tal forma, que se crea la duda de si ambas aluden a una misma noción o si se trata de dos figuras distintas. En efecto, el citado ordinal 5º del artículo 220, no dice responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria, esto es, no usa la conjunción copulativa, sino que emplea la "o", que bien puede sugerir que se trate de una nueva denominación de un mismo concepto. De todas maneras, la cuestión planteada no es simplemente de redacción, sino que se trata de un problema conceptual.

10. *Responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal*

La responsabilidad patrimonial o civil es la que recae sobre el patrimonio, sobre los bienes del sujeto responsable, por cuanto su función es esencialmente resarcitoria o compensatoria. La responsabilidad penal implica el establecimiento de una pena, por cuanto la ofensa que el delito produce no tiene resarcimiento en sí misma.

11. *Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivadas del hecho ilícito*

La doctrina se plantea la eventual diferencia que existe entre la responsabilidad penal derivada del delito y la responsabilidad civil o patrimonial derivada del hecho ilícito. Al efecto, se comenzó por considerar que la diferencia radicaba en la naturaleza de la norma violada: el delito, se señalaba, viola normas de derecho público, y el hecho ilícito viola normas de derecho privado. Ahora bien, sabida lo tenue que es la diferencia existente entre las dos indicadas categorías jurídicas

enunciadas, resulta evidente que ella no puede ser un sólido fundamento de la distinción que se trata de establecer.

Para otros, la diferencia se encuentra en el hecho de que la voluntad del Estado es violada mediata o inmediatamente, respectivamente, en cada una de las hipótesis antes indicadas. Otra posición se basó en la circunstancia de que el hecho ilícito civil carece de culpa, mientras que el delito es siempre doloso o culposo; pero tal posición es desechable por errónea, ya que el hecho ilícito civil requiere para su tipificación del elemento subjetivo de la culpa (salvo la hipótesis del riesgo que es considerado por algunos como una noción extraña al núcleo mismo del concepto analizado). Otra distinción se funda en la consideración de que el ilícito civil lesiona intereses patrimoniales, en cuanto que el penal lesiona intereses no patrimoniales; pero hay delitos que lesionan intereses patrimoniales y por el contrario, el daño moral puede ser ocasionado por el ilícito civil. La naturaleza del daño ha sido, igualmente, usado como criterio de la diferencia, señalándose que el hecho ilícito civil produce un daño reparable, mientras que el delito es irreparable. Ahora bien, hay hechos ilícitos civiles que no son reparables, y delitos que sólo lesionan el patrimonio. Es falaz, igualmente, la diferencia que considera que el delito turba la tranquilidad pública y crea alarma, mientras que el hecho ilícito civil causa simplemente daños individuales, así como la que se basa en un elemento cuantitativo, al decir que en el delito hay una mayor peligrosidad, una ofensa mayor que en el hecho ilícito contra los intereses de la comunidad. En efecto, hay delitos que no turban a la sociedad y actos ilícitos que sí la conmueven (el accidente de tránsito fortuito donde hay muchos lesionados), e igualmente, existen delitos que no implican peligrosidad en su agente o autor.

Ahora bien, la imposibilidad de encontrar una distinción sustancial entre las distintas responsabilidades jurídicas nos obliga a buscarla en las consecuencias que de ellas derivan, esto es, en la sanción, comprendida en la totalidad de sus elementos, esto es, en la represión misma, en la forma como se realiza y en la autoridad que la aplicó.

En lo que toca a la responsabilidad penal, su sanción es la *pena*; teniendo las otras responsabilidades diferentes consecuencias.

12. *La pena*

¿Qué es la pena? La pena criminal es el castigo, palabra que indica el dolor, sufrimiento que viene infringido a quien viola un deber

legalmente establecido. No se desea con ella obtener un resarcimiento porque no es esta su función ni puede obtenerse con ese medio tal fin, sino que la misma tiende a producir un dolor, un reducción patrimonial respecto al autor de la violación. La pena criminal es una sanción pública porque es impuesta por el Estado y por eso se presenta con dos características esenciales: 1) el órgano que la aplica es la autoridad judicial, y 2) la forma como viene aplicada es el proceso judicial, el proceso penal. De allí, que la pena criminal es definida como la sanción aplicada por el órgano jurisdiccional mediante proceso.

Cada vez que un acto es castigado con una pena, allí hay un ilícito penal. Todo delito es un acto penalmente ilícito; pero no todo acto ilícito es un delito. Los actos ilícitos previstos en el Código Penal son delitos, pero hay otros cuya tipicidad se encuentra en otros textos, como es el caso de los tipos delictuales contemplados en materia de quiebra en el Código de Comercio.

Sociológicamente, delito es un hecho contrario al bien común, perjudicial a la sociedad, pero jurídicamente el hecho es delito por estar castigado con una pena mediante un proceso. Los términos delito, pena y proceso, son rigurosamente complementarios, en forma tal, que excluido uno, no pueden subsistir los otros. No hay delito sin pena, y no hay proceso ni pena sin delito.

13. *Violación de la norma administrativa*

Hasta ahora hemos visto dos claras consecuencias de la comisión de un hecho ilícito: una consecuencia civil, que es la reparación del daño causado o su compensación; la consecuencia penal, que es la sanción aflictiva. ¿Cuál va a ser la consecuencia de la violación de una norma administrativa? El derecho positivo nos dice que la misma bien puede ser la obligación de resarcir el daño, aun cuando tal no sea la función esencial del sistema, o bien, el establecimiento de una pena.

Es aquí donde surge la duda, de si al aceptarse la aplicación de la pena por violación de los deberes administrativos, se está aceptando en bloque que la sanción administrativa sea una sanción penal y que quede encuadrada en una disciplina particular, aun cuando derive del Derecho Penal, al cual se le denomina Derecho Penal Administrativo. Veamos en qué forma la doctrina ha reaccionado ante la naturaleza de la sanción administrativa.

III. NATURALEZA DE LA SANCION ADMINISTRATIVA

Para diferenciar la falta administrativa del delito, se alegan razones *cuantitativas* y *razones cualitativas*.

a. *Criterio cuantitativo*

Las razones cuantitativas se fundan en el grado o *quantum* del ilícito: un grado menor, es la falta o contravención sometida al Derecho Administrativo; un grado mayor, es el delito sometido al Derecho Penal. Este criterio choca contra dos circunstancias que impiden su admisión: 1) ¿Quién mide la magnitud de la falta?, y en todo caso, ¿lo mide el daño?; ¿lo mide la gravedad de la acción?; finalmente, ¿lo mide la naturaleza del interés lesionado? 2) Hay sistemas en los cuales un mismo hecho puede constituir una falta administrativa al mismo tiempo que un delito. Lo anterior lo hemos visto transformado en principio, en el llamado *cúmulo de responsabilidades*, el cual aparece en la propia Ley Orgánica de Salvaguarda.

b. *Criterio cualitativo*

1. El delito penal pertenece contemporáneamente al derecho natural y al derecho positivo. La violación administrativa (de policía, de finanzas) no violaría ningún derecho natural sino sólo intereses artificialmente creados por la ley, constituyendo así un ilícito de mera creación política. Ejemplo: sacar dinero al extranjero, ¿qué es? Si no hay prohibición al respecto, es un acto lícito; pero si hay un control administrativo, su violación es una falta.

2. El delito penal constituye la violación de un derecho subjetivo. El delito administrativo es la ofensa a un interés general o bien un simple peligro o amenaza para un derecho subjetivo. Se dice que el mismo implica un *peligro abstracto*.

Para algunos autores como Binding, en el derecho de policía, basta con la posibilidad abstracta del peligro.

El delito penal constituye la violación o la amenaza de un bien jurídico subjetivo.

El delito de policía o fiscal contiene sólo una desobediencia a una norma, a un imperativo administrativo.

3. Otto Mayer basa la diferencia en la que existe entre norma jurídica y norma de cultura. No contrapone Mayer norma jurídica a la

ley punitiva ni la norma de cultura a la norma jurídica. Norma jurídica no es una orden dirigida por el legislador a los súbditos sino imperativos dirigidos por el Estado a los funcionarios. Las normas jurídicas no son conocidas por el público. Las normas de cultura son normas sociales, religiosas, etc., que constituyen cánones que conforman el patrimonio cultural del pueblo.

Las normas jurídicas son simplemente sancionatorias y hay algunas que no coinciden con las normas culturales, porque imponen deberes que no derivan de ninguna categoría de normas sociales diferentes de las jurídicas, sino que son de pura creación legislativa. Son ellas las normas de Derecho Penal Administrativo, respecto a las cuales el autor citado afirma, que siendo normas de cultura no pertenecen al Derecho Penal.

c. *Tesis de James Goldschmidt*

Para este autor la posición del hombre en la sociedad es dual: posición de individuo y posición de socio o miembro de la sociedad.

En el delito penal hay una violación de la ley. En el delito administrativo hay una contravención a una obligación positiva que el ciudadano tiene frente a la Administración como miembro que es de la sociedad y, en consecuencia, parte de tal Administración.

El delito administrativo no es un delito de daño, un daño emergente, sino un delito de falta o carencia de beneficio, un lucro cesante: la falta al deber de colaborar con la Administración, esto es, con el bien social.

De allí que, mientras los delitos de Derecho Penal se cometen con una acción, los administrativos son todos delitos de omisión.

Los delitos administrativos se dividen en tantas categorías como materias administrativas existen: delitos de policía, fiscales, postales, ferroviarios, sanitarios, ecológicos, etc.

Goldschmidt estima que los ciudadanos, en cuanto sujetos a las normas de Derecho Penal Administrativo no son voluntades libres, personalidades verdaderas y propias, sino órganos de la administración de la sociedad humana y, en consecuencia, las normas de conducta en las leyes administrativas se presentan para los mismos, no como normas jurídicas sino como órdenes de servicio, como instrucciones, similares a las que la Administración dirige a los funcionarios públicos. Incluso, por tal razón, el Derecho Penal Administrativo se distingue del Dere-

cho Penal Común. Al efecto, el Derecho Penal Común es consecuencia de la violación de una norma jurídica, en cuanto que el Derecho Penal Administrativo es la consecuencia de la inobservancia de una norma administrativa. Normas jurídicas son las que establecen las sanciones de las obligaciones administrativas y en ello el Derecho Penal Administrativo se distingue del Derecho Disciplinario, en el cual son internas y no jurídicas tanto las normas preceptivas como las normas sancionatorias, punitivas. La crítica fundamental a esta tesis la hace Zanobini, dirigiéndola a la noción del ciudadano como colaborador del Estado en el cuidado del bienestar social, ya que alega que tal posición no tiene correspondencia con la situación actual de la sociedad. La misma podría corresponder a un régimen de socialismo de Estado pero no es aplicable a uno inspirado en los principios liberales e individualistas de la Revolución Francesa, como era el de los Estados de Europa en el tiempo en el cual Goldschmidt escribía, y como lo son actualmente los imperantes en casi todos los países occidentales. Por otra parte, se le critica al mencionado autor su noción de los delitos de omisión, ya que la mayoría de las faltas administrativas están constituidas por la violación de las normas de policía que imponen abstenciones u omisiones a los particulares, y por ello, su violación es una acción, no una omisión.

d. *Tesis de Zanobini*

Zanobini rechaza la validez de todas las doctrinas que diferencian en forma sustantiva la sanción penal de la administrativa; pero estima que su formulación esconde un fundamento de verdad. Al efecto, los autores que distinguieron entre delitos y contravenciones administrativas, no inventaron tal distinción sino que la tomaron del derecho positivo y de una larga tradición histórica, que desde los tiempos más antiguos llega hasta la Revolución Francesa. Su error fundamental fue el de no haber convenientemente apreciado el alcance decisivo de las innovaciones que se operaron en este campo de la legislación del siglo XIX. Ya en los tiempos del derecho romano se distinguía entre las penalidades que se aplican por inobservancia de deberes de policía y las derivadas de delitos. De los delitos se respondía ante el juez penal y el pueblo; de las transgresiones de policía, solamente ante los magistrados, que imponían en sus edictos los relativos deberes de policía. Cada magistrado tuvo el poder de conminar o de aplicar las penas de policía en los límites de la propia competencia: los pretores lo ejercieron por medio de los interdictos, los magistrados mediante sus edictos. Los expertos en la materia indican que existía la posibilidad de acu-

mular sanciones penales y sanciones administrativas, lo cual indica que ambas eran distintas. En el derecho germánico las penas por las transgresiones de policía o fiscales, así como de otros deberes frente a la autoridad administrativa, se vinculan íntimamente al derecho de dictar bandos. Era esta la forma como se desarrollaría el poder real en el mando del ejército; más tarde, al ampliarse la competencia del rey, el bando fue el medio ordinario del cual éste se sirve para regular a la administración, desde la conscripción militar a las finanzas, la policía y la religión. Las reglas dictadas por el rey en sus bandos, aun cuando emitidas en forma general, eran órdenes administrativas, por cuanto el rey no podía hacer leyes y su soberanía no iba más allá de las funciones administrativas. En los límites de tales funciones, al poder de emanar tales órdenes singulares o generales, podía también asegurar su acatamiento con la amenaza de una pena. Tales multas no tuvieron ni en sus orígenes ni posteriormente el carácter de una sanción de una norma jurídica, sino del castigo por la desobediencia a una orden administrativa. Este carácter se aprecia en la forma que asumieron los bandos, ya que los mismos constaban de una serie de órdenes dirigidas en forma directa a los súbditos, y tal serie de órdenes terminaba siempre con la comunicación de la multa, para el caso de observancia, como una fórmula ejecutiva del acto: *Si quis contra hoc decretum fecerit, bannum nostrum, id est solidos persolvat.*

Este carácter fue conservado por el bando al entrar a regir el régimen feudal. El derecho de dictar órdenes administrativas se extendió del príncipe a los señores feudales: en relación con los mismos, el carácter del bando como sanción del deber del vasallo hacia el señor se afirmó para la defensa de las órdenes de policía, y de los intereses públicos, pero también para la defensa de los intereses propios del señor. Durante todo el antiguo régimen hasta llegar a la Revolución Francesa, el carácter de sanción administrativa no desapareció.

Más tarde, en el sistema comunal, el derecho de imponer bandos pasa de las autoridades mayores de las comunas al "podestá" (alcalde). Al llegar la Revolución Francesa, una gran cantidad de contravenciones pasan del cuadro de las sanciones administrativas al de las represiones penales; la legislación revolucionaria imprimió esta característica en forma decisiva y definitiva a la casi totalidad de las contravenciones. Los códigos penales contienen, además de los delitos, las faltas por transgresión o contravención de reglas de policía. El Código francés del año IV y el de 1810 comprendían los crímenes, los delitos y las contravenciones. El Código Penal austríaco de 1803 constaba de dos

partes: una, para los delitos, y otra, para las graves transgresiones de policía, y análogo contenido tuvieron los códigos de Bavaria y de Prusia y el sardo-italiano de 1859.

IV. PROBLEMATICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. SU UBICACION EN LA SISTEMATICA JURIDICA

La problemática del Derecho Disciplinario surge al implantarse el régimen constitucional, por cuanto su régimen, que había sido hasta entonces pacífico, tropieza con un inesperado obstáculo conceptual, y es el siguiente:

1. Existe como dogma el principio de la separación de los poderes. 2. La sanción disciplinaria implica un juicio criminal. 3. La actuación del Poder Ejecutivo es entonces una intromisión en el ámbito del Poder Judicial.

La doctrina señala, al efecto, que es así como surge el problema capital, que aún sigue gravitando pesadamente sobre toda la construcción dogmática del Derecho Disciplinario: el de sus relaciones con el Derecho Penal. El problema implica, a su vez, las siguientes consecuencias:

1. Si la sanción disciplinaria es penal, debe estar sometida al principio de legalidad.

2. Si el procedimiento es penal, debe estar en manos de un juez de tal jurisdicción.

3. Tanto la acción como la pena estarán sometidas al Derecho Penal, a sus modalidades de extinción, etc.

En los estudios de la legislación del siglo XIX, e incluso en épocas anteriores, existe una separación entre el régimen disciplinario y el régimen penal, y ello está presente tanto en el Código prusiano de 1794, en Alemania, como en las Reales Ordenes del 31 de julio de 1834, y del 27 y 30 de julio de 1836, en España. De allí que, si bien muchos tratadistas, entre ellos Hauriou en Francia, sin analizar detenidamente la cuestión, dan por sentado que el Derecho Disciplinario tuvo sus orígenes en el Derecho Penal, y que ambas disciplinas son indisolubles; sin embargo, tal afirmación no tiene su base en la realidad.

14. *Determinación de su origen en el Derecho Canónico*

Otros autores, al intentar derivar el Derecho Disciplinario de otro derecho tradicional, hipotizaron que el mismo tuvo su origen en el Derecho Canónico.

Se dijo que en el Derecho Canónico se llaman preceptos disciplinarios a todos los que no tienen naturaleza dogmática. En el ámbito de las competencias consistoriales se distinguen tres esferas: la doctrinaria, la ceremoniaria y la disciplinaria, expresión esta última que alude al mantenimiento de una vida ordenada por parte de los miembros de la Iglesia. Otto Mayer estima que las sanciones disciplinarias se corresponden con las *poenae* medicinales del Derecho Canónico.

15. *Origen en el Derecho Civil*

Laband es uno de los tratadistas que han intentado separar al Derecho Disciplinario del Derecho Penal, partiendo de los siguientes postulados:

1. De acuerdo con la corriente dominante, el Derecho Disciplinario es el Derecho Penal de los funcionarios y la infracción disciplinaria es una variedad de delito penal, siendo, en consecuencia, el procedimiento disciplinario una especie de proceso penal; de allí, que las sanciones disciplinarias operan como complemento de las penas criminales.

2. La consecuencia de lo anterior acarrea graves problemas sin solución, entre ellos el del *ne bis in idem*, que es acogido por el legislador, por lo cual resulta dogmáticamente inexplicable afirmar la sustancia penal del Derecho Disciplinario.

3. Ante los obstáculos conceptuales se busca la relación entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Civil, y se le encuentra en el hecho de que el primero es la consecuencia de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder. Lo decisivo es que las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionatorio público del Estado sino en la supremacía de servicio funcional, esto es, en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores. Vista en la forma anterior, la sanción disciplinaria no es una pena en el sentido del Derecho Penal, sino un medio para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar el cumplimiento de los deberes oficiales.

4. En las relaciones contractuales, cada parte tiene una acción frente a la otra para exigir el cumplimiento o una indemnización por el incumplimiento. En las relaciones de servicio, en lugar de la exigencia, lo que aparece es una orden, y en el lugar de la acción, lo que aparece es una coacción, y el Poder Disciplinario no es sino el derecho de ejercitar tal coacción.

De allí que, si bien la esencia del Derecho Disciplinario es la relación contractual, no puede equipararse con el sistema del Derecho Civil, ya que el Estado no está en situación de igualdad con los ciudadanos, puesto que puede actuar directamente contra ellos sin necesidad de acudir a los tribunales, pidiendo que sean éstos quienes apliquen las sanciones o indemnizaciones, sobre todo, por el hecho de que el incumplimiento del funcionario no puede ser tasado en dinero.

Esta tesis es común a todos los que ven en la relación de empleo una relación contractual. En Italia la tesis fue seguida por Pacinotti, Ranelletti y Presutti, pero justamente de la misma escuela italiana partirá su crítica más severa. En Francia, donde era axiomática la naturaleza contractual que tiene la relación de empleo público, se dio la misma explicación a la potestad disciplinaria.

16. *Origen del Derecho Administrativo*

A pesar de que Laband llega a la concepción privatista, su punto de partida es el que da fundamento a la corriente administrativa. Recordemos que para el mismo, la relación funcionario-Administración, se basa en dos elementos: a) relación contractual; b) relación de poder.

La corriente administrativa minimiza el primer elemento cuando surge la tesis estatutaria y refuerza el segundo, en forma tal, que el Derecho Disciplinario pasa a ser el Derecho sancionador del Estado, sobre quienes se encuentran sometidos a una relación especial de servicio o poder y, en tal forma, está clara su separación e independencia del Derecho Penal.

La tesis administrativa se basa esencialmente en la constatación de que en el Derecho Disciplinario los sujetos se encuentran sometidos a una relación especial, distinta a la de los demás ciudadanos.

La relación de poder es el presupuesto fundamental de toda relación disciplinaria, que se expone así:

1. En una relación privada de servicios, el particular ha de acudir al juez para conseguir del empleado el cumplimiento de sus obligaciones; en cambio, si media una relación de poder, sea de naturaleza pública o privada, se puede acudir directamente a la coacción, mediante sanciones disciplinarias.

2. La figura, sin embargo, permanece en el marco de una relación contractual.

Otto Mayer, independiza la relación de la figura del contrato por estimar que el Estado puede sancionar más allá del marco contractual, señalando al efecto: a) la relación de servicio implica una fidelidad y una devoción especiales; b) la contravención no es sólo un desorden que se ha de reprimir, sino que ese hecho aislado tiene una importancia mucho mayor, porque de él pueden inferirse conclusiones acerca de la existencia de sentimientos que no están de acuerdo con la indicada exigencia fundamental; c) no le conviene al poder público tener malos servidores, y por ello, debe reaccionar contra la persona en falta, mediante penas.

Santi Romano le da a la tesis de Mayer una mayor consistencia dogmática, estimando que la relación especial de subordinación, que es distinta de la relación de soberanía, es la noción principal de la cual depende la relación disciplinaria.

Hoy en día, tanto penalistas como administrativistas, estiman que el Derecho Disciplinario se refiere a quienes se encuentran ligados a un ente por una relación especial de poder.

V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

17. *Notas específicas*

Afirmada la naturaleza administrativa del derecho de sanciones de la Administración y su autonomía de la potestad punitiva, ella se presenta así como la que deriva de la transgresión de cualquier tipo de deber administrativo; que opera frente a la Administración y comporta sanciones que han de ser aplicadas por la autoridad administrativa mediante un procedimiento de la misma índole. Lo característico de la responsabilidad administrativa estará en los siguientes elementos: 1. El deber frente a la Administración. 2. La autoridad que aplica la sanción es administrativa. 3. El procedimiento y la sanción aplicados son igualmente administrativos. En lo que atañe al deber violado, el mismo afecta el interés de la Administración, la esfera de los principios que ella tutela y desarrolla. Digamos que la Administración como tal, es la titular de los intereses que han sido afectados por el administrado; ella se presenta, en consecuencia, como directamente lesionada por la violación del deber. De allí, que se trata de un interés tutelado por la Administración en relación con el cual existe un deber de un particular que el mismo ha violado, lesionando el interés.

El deber puede ser general, esto es, propio de todos los administrados, común a todos los ciudadanos, como serían los relativos a la policía, a las cargas fiscales, a las disposiciones de protección del ambiente, etc. En tal caso, el infractor es un ciudadano cualquiera, sin ningún vínculo específico con la Administración.

18. *Responsabilidad disciplinaria*

Por el contrario, el deber puede ser propio de determinados sujetos que tienen un vínculo o situación jurídica particular con la Administración. La relación Administración-administrado, es la de la subordinación de éste, frente a la supremacía de aquélla, por lo cual la relación, en tal caso, se denomina *posición de supremacía especial*. La violación de los deberes de los administrados, que están frente a la Administración en esta situación particular, da lugar a una sanción que se denomina específicamente "sanción disciplinaria". Esta situación de supremacía especial se manifiesta cuando se dan las siguientes condiciones: 1) relación específica entre un administrado y una Administración; 2) esta relación implica la existencia de un vínculo de cierta permanencia o estabilidad; 3) la Administración no sólo se encuentra frente al particular en la situación de preeminencia que caracteriza todas sus relaciones, sino que la misma se refuerza por la especial naturaleza del vínculo que le da mayores facultades de vigilancia y control a la Administración sobre la conducta del administrado, a lo cual se denomina "potestad disciplinaria".

La diferencia que emerge de la naturaleza del deber, distinguido en la forma que antecede, ha dado lugar a la existente entre responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria. Se señala así, que la responsabilidad administrativa es la que se crea por la violación de esos deberes genéricos que cualquier particular tiene frente a la Administración; en cuanto, que la responsabilidad disciplinaria es la que deriva de las relaciones de supremacía especial de la Administración sobre sujetos determinados que se encuentran en una relación particular con ella.

La responsabilidad disciplinaria no es más que una consecuencia de la relación especial de supremacía, que no sólo tiene tal manifestación sino que se revela también en el poder de la Administración de emanar normas internas, en el poder de dar órdenes, en el poder de establecer sanciones.

19. *Pena disciplinaria y pena criminal*

Las anteriores nociones conceptuales llevan a distinguir así a la pena disciplinaria de la pena criminal, con las siguientes notas:

1. Las penas disciplinarias se aplican con independencia de las criminales.

2. A diferencia de la acción penal, el transcurso del tiempo no extingue la posibilidad de la Administración Pública de hacer uso del poder disciplinario, esto es, no hay prescripción ni caducidad de la potestad disciplinaria, justamente porque ella tiene tal carácter (carácter de potestad), a menos que el legislador en forma expresa, y en atención a la especial naturaleza de la situación, establezca un lapso para su ejercicio.

3. Las sanciones disciplinarias no constituyen una actividad jurisdiccional y ello está demostrado por la circunstancia de que son aplicados por la Administración misma que es la agraviada, a diferencia del poder jurisdiccional que no puede ser ejercido por la misma persona ofendida en sus derechos.

4. No existe en el ámbito del poder disciplinario el principio del *nullum crimen sine lege poenali*. El poder disciplinario se ejerce aun cuando no exista una ley. Muchas veces culpa y sanción deben ser determinados por la misma Administración en la valoración del caso concreto. A favor de esta desvinculación del principio de la *reserva legal absoluta*, se señala, que si el poder de sancionar pertenece al ámbito de la función administrativa, ésta tiene también el de regular autónomamente su ejercicio, en consideración al interés público, estableciéndose como único límite, el respeto de los principios generales del derecho. Se señala que, indudablemente, si el poder está legislativamente regulado, la Administración deberá atenerse a tal regulación; pero, en ausencia de notas disciplinarias específicas, no desaparece la potestad de la Administración Pública de proceder al ejercicio del poder disciplinario. Ahora bien, la doctrina exige que por la naturaleza del poder disciplinario esencialmente punitivo, se garantice el mantenimiento de ciertos principios básicos para el individuo, a lo cual se denomina: "jurisdiccionalización del derecho disciplinario". Tales principios son: 1) Derecho de defensa; 2) Las llamadas garantías jurídicas (recursos administrativos y contencioso-administrativo); 3. El perdón disciplinario; 4) La motivación del acto de sanción; 5) La definición de las infracciones por textos legales o reglamentarios; 6) El establecimiento de es-

calas de penas y correlación entre pena e infracción. Algunos, incluso, llegan a pedir que el poder disciplinario adquiriera carácter jurisdiccional, atribuyéndosele a un tribunal dotado de autonomía orgánica y funcional. Esto es, se quiere que el Derecho Disciplinario siga el mismo camino que ha seguido el Contencioso-Administrativo.

20. *Potestad disciplinaria*

Podemos afirmar que el ámbito típico del poder disciplinario está en el empleo público y en el servicio público. Ahora bien, ¿qué hay de común en estas actividades? Ambas están caracterizadas por una actividad permanente y continua, desarrollada en el ámbito de la esfera jurídica del ente público. Están caracterizadas, también, por la supremacía especial a la cual aludíramos precedentemente.

Cada vez que exista transgresión de un deber inherente a un estado especial de sujeción, corresponde una sanción disciplinaria, sea ella prevista o no expresamente, sanción de la cual es elemento característico, el hecho de actuar contra el individuo, no como tal, sino como *titular del vínculo especial de sujeción* (estudiante, militar, funcionario).

Fueden así asignarse al poder disciplinario las siguientes notas: a) es una característica de la función administrativa en sentido sustancial; b) es una consecuencia, quizás la más resaltante de la *ejecutividad administrativa*, principio en virtud del cual los actos administrativos tienden y son idóneos a producir sus efectos una vez dictados por la Administración, sin necesidad de su homologación por parte de ningún otro poder o mediante ningún nuevo acto del Estado; c) corresponde a todo órgano que ejerza una función administrativa, cualquiera que sea el poder que dicho órgano ejerza. En tal sentido, cabe dentro de las funciones que la doctrina ha denominado como "neutras", esto es, aquellas que son iguales, cualquiera que sea el poder que las ejerza, tales como: la actividad interna de los órganos colegiados y la actividad instructoria.

21. *Nuevo enfoque del derecho sancionador de la Administración y de la responsabilidad administrativa*

Hoy en día se abre paso un nuevo enfoque de la potestad disciplinaria que supera las posiciones anteriores y observa que el poder correctivo de la Administración en las relaciones que dan lugar a la responsabilidad disciplinaria es cada vez menos importante frente a otras

medidas que ésta ha de ejercer (Giannini). Al efecto, se indica que en la sanción que se establece contra el hecho ilícito administrativo pueden predominar, de acuerdo con las circunstancias, dos diferentes elementos:

1. *Una circunstancia formal*, constituida por la inobservancia de un precepto.
2. *Una circunstancia sustancial*, consistente en la lesión o en el peligro de la lesión de algunos intereses.

De acuerdo con el hecho de que predomine cualquiera de los elementos en la aplicación del poder sancionador, se distinguen las siguientes situaciones:

1. La infracción es configurada como ilícito administrativo en el sentido de la construcción tradicional: la norma hace resaltar la infracción formal del precepto, a cuya verificación se dirige todo el procedimiento. La decisión tiene por objeto la determinación de la sanción correspondiente a la infracción verificada, y la sanción es exclusiva manifestación de la potestad punitiva. Se le aplican las nociones conceptuales del Derecho Penal con las necesarias adaptaciones que, en definitiva derivan de la menor gravedad de la infracción, respecto con la que es calificada como ilícito penal y que se compendian en un menor rigor formal de las disciplinas procesales y en una mayor discrecionalidad del que la aplica quien, por ser autoridad administrativa, no tiene la posición de independencia del juez.

2. El elemento formal de la infracción y el elemento sustancial de la lesión o eventual lesión de los intereses, están presentes por igual y ninguno de los mismos es dominante, pero la infracción no es un hecho ilícito: es violación del proceso de la ley y del proveimiento; es abuso: según el lenguaje de la práctica. Si el procedimiento conserva el carácter de verificación del abuso, la decisión tiene por objeto la sanción; ésta, aun cuando sea aflictiva, como toda sanción, no es sin embargo el ejercicio de una mera potestad punitiva sino que se dirige esencialmente a poner remedio a la perturbación de los intereses. Nos encontramos así con la revocación de la concesión, con el retiro de la autorización, con la disolución del consejo de administración, etc. Se trata de procedimientos que aún siendo sancionatorios son también ejecutivos.

3. En la tercera circunstancia el elemento formal pierde relevancia. El legislador se preocupa tan sólo de poner fin a la "perturbación de los intereses" (casos en los cuales es procedente la ejecutividad o la ejecutoriedad del acto).

En vista a las situaciones antes indicadas, tres son los tipos de procedimientos disciplinarios que el derecho positivo presenta.

A. *Procedimientos disciplinarios existentes en los grupos burocráticos* (dependientes civiles del Estado, entes públicos), en los cuerpos organizados (militares), en las órdenes y en los colegios profesionales, en los grupos de empresarios que constituyen o no ordenamientos organizativos (sindicatos y partidos políticos). Cada uno tiene su propia "disciplina", entendida como un cuerpo de reglas de deontología y, en consecuencia, su código de faltas disciplinarias. Muchas veces para los grupos burocráticos los reglamentos para el personal contienen normas que enumeran faltas con las relativas sanciones (penas disciplinarias); sin embargo, tales listas deben interpretarse siempre con referencia a las reglas deontológicas.

Las penas disciplinarias se distinguen en: a) penas morales como la censura, la amonestación, la amonestación simple, la amonestación solemne; b) penas sobre la situación jurídica, como la reducción o suspensión del sueldo, la suspensión del cargo, la suspensión del goce de prestaciones, las multas, los arrestos simples, los arrestos de rigor, la remoción de grado; c) penas expulsivas como el licenciamiento disciplinario, la expulsión, la cancelación del registro, la destitución.

B. *Procedimientos de contravenciones administrativas*. Se pueden reunir en este tipo todos los que aluden a los ilícitos administrativos conformados según el modelo de los delitos y las faltas. El ilícito administrativo tiene los mismos elementos constitutivos de tales delitos, sólo que su verificación es hecha por la autoridad administrativa y la sanción es siempre una pena pecuniaria que puede tener nombres diferentes y también características parcialmente diferentes.

C. *Casos en los cuales la sanción pecuniaria contiene un elemento resarcitorio de un daño que sufre la colectividad*. Por ejemplo, en la normativa sobre el ambiente se establece que quien altera las cosas debe reponerlas a su estado original.

SEGUNDA PARTE

VI. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

22. *Responsabilidad administrativa y disciplinaria*

Planteados los conceptos fundamentales relativos a las distintas formas que reviste la responsabilidad jurídica, cabe preguntarse qué tipo de responsabilidad, entre las que han sido enunciadas, establece la Ley de Salvaguarda. Al efecto, debe recordarse que para muchos, incluso para algunos de los miembros de la Comisión Bicameral Especial que revisó la ley, la misma debía denominarse Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Al efecto, dentro de los objetivos que el legislador enuncia como propios de este nuevo texto normativo se encuentra el de "hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella". De allí que la Ley es una norma reguladora de la responsabilidad penal del funcionario, ya que sustituye y, en consecuencia, deroga los delitos que el Código Penal establece respecto a estos sujetos. Es, al mismo tiempo, reguladora de la responsabilidad civil, aun cuando tal regulación no sea más que un señalamiento de principios, con remisión en forma genérica a la legislación especial. En lo que atañe a la responsabilidad disciplinaria y a la responsabilidad administrativa, la pregunta que surge de inmediato es la de, ¿qué diferencia establece la norma entre estos dos conceptos?, ¿están acogidos en ella las nociones diferenciales que hemos precedentemente enunciado y que son casi unánimes en la doctrina?

Repasando las nociones vistas y admitiendo al efecto las posiciones predominantes, la responsabilidad administrativa se presenta como el género que comprende la violación de deberes administrativos por parte de los administrados y que es verificada y decidida por vía administrativa; en cuanto que la responsabilidad disciplinaria es la que incumbe a sujetos conectados por un vínculo especial con la Administración y que se ejerce en base a la relación de supremacía específica que dicho vínculo crea. La Ley por su parte, si bien hace el enunciado que señaláramos y que figura en el artículo primero, sobre la aplicación de la responsabilidad disciplinaria, sin embargo, a lo largo de todo su texto sólo alude a la responsabilidad administrativa, estableciendo los supuestos que la generan, los procedimientos para su actuación y sus consecuencias. Aún más, de la omisión de la ley al referirse a la responsabilidad disciplinaria y de calificar como administrativa a

los casos que enuncia como tales y que corresponderían al concepto señalado de la indicada responsabilidad disciplinaria, ya que todos aluden a sujetos que están especialmente relacionados con la Administración por un vínculo particular y de cierta permanencia, debe concluirse que tal noción la reserva el legislador a la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos que deriva de su relación de empleo público y que contemplan particularmente la Ley de Carrera Administrativa y sus reglamentos.

Lo anterior resulta indudable si se estudia con detenimiento a la Ley en su contexto y se revisa el Informe de la Comisión Bicameral que le dio a dicha normativa su redacción definitiva. El legislador estima así que la responsabilidad administrativa es la que deriva para los sujetos sometidos a su ámbito, los cuales son los funcionarios de la Administración Pública en general y los administradores de empresas públicas en su más amplia acepción, como consecuencia de la violación de los deberes que ella les impone. La responsabilidad disciplinaria queda limitada a la que genera el régimen de la Ley de Carrera Administrativa.

Cabe preguntarse por qué el legislador hizo esta diferencia que resulta una posición aislada en la esfera de la doctrina que indudablemente no es desconocida ni mucho menos para los juristas que elaboraron el proyecto y revisaron posteriormente la ley sancionada. La respuesta a nuestro ver está en una triple razón: la primera, en la circunstancia de que se quiso mantener la terminología utilizada por la Ley Orgánica de Contraloría General de la República, la cual denomina como responsabilidad administrativa a la que es declarada por el organismo contralor. La segunda razón, de mayor peso conceptual, estaría en la circunstancia de que para algunos autores, sobre todo los que han sufrido la influencia del derecho francés, la responsabilidad disciplinaria sólo puede ser declarada por el órgano superior. Aún más, la potestad disciplinaria es uno de los elementos integrantes de la relación jerárquica y sólo puede ser ejercida por quien ostente esta última: la sanción disciplinaria la aplica el superior jerárquico y no un órgano externo de la Administración. En base a tal criterio es en el régimen sancionatorio a los funcionarios sometidos a ella que se encuentra la responsabilidad disciplinaria, por lo cual, otras responsabilidades que se verifiquen y declaren en sede administrativa serán denominadas responsabilidad administrativa.

La última de las razones sugeridas, la cual se desprende de la anterior, se encuentra en la circunstancia de que la responsabilidad es-

tablecida en la ley que analizamos, deriva directa o indirectamente de una falta contra el patrimonio público y su defensa y tutela, por lo cual no resulta exclusiva de los funcionarios de la Administración, sino que se extiende a cualquier funcionario público perteneciente a cualquier rama del poder público, así como a los empleados de las empresas públicas, esto es, puede recaer sobre sujetos que no están vinculados por una relación de jerarquía con una Administración y por ello mal podría caber dentro de esa noción de responsabilidad disciplinaria que se mantiene entre nosotros. En beneficio, en consecuencia de la extensión de la responsabilidad a funcionarios ajenos a la esfera de la Administración Central, que es donde opera por excelencia la responsabilidad disciplinaria, es que se habría continuado utilizando el término responsabilidad administrativa.

El régimen vigente hasta ahora sobre responsabilidad administrativa obedecía a nuestro ver, a la noción conceptual de que sólo el jefarca puede aplicar sanciones a los funcionarios de una organización administrativa y, en efecto, el organismo de control fiscal no aplicaba sanciones una vez declarada la responsabilidad, sino que la misma era dejada a los superiores jerárquicos del funcionario encausado. Ahora bien, el actual sistema establecido por la Ley Orgánica de Salvaguarda sí le atribuye a la Contraloría el poder de sancionar por sí misma, modificando así el criterio rígidamente sustentado al cual hemos hecho referencia. Parecía haberse creado una especie de potestad disciplinaria impropia, pero este es un problema que es mejor desarrollar en una forma particular, lo cual haremos en el próximo párrafo del presente estudio.

De allí que, cuando se haga referencia al derecho positivo venezolano, habrá que entender que la responsabilidad disciplinaria alude en el mismo al régimen de la Ley de Carrera Administrativa o a cualquier otro, en el cual exista un poder sancionador ejercido por los jefarcas sobre sus subordinados por motivo de la relación de servicio y, por responsabilidad administrativa a la que declara y sanciona la Contraloría General de la República.

Veamos ahora en qué consiste esta responsabilidad y cuáles son los supuestos que la generan.

23. *Origen de la responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda*

La responsabilidad administrativa en la Ley de Salvaguarda se origina por la comisión por parte de los funcionarios públicos o em-

pleados de la Administración Central, de los entes públicos tanto territoriales como institucionales, así como de los administradores y directivos de empresas públicas, de faltas que afectan al patrimonio público, entendiéndose por tal al conjunto de los bienes, acciones y derechos pertenecientes al Estado y a sus organismos descentralizados y empresariales.

Véase que hemos regresado sobre la distinción “funcionario” “empleado”, ya que estimamos que el primero de los términos alude a la condición de quien es titular de un órgano y ejerce en tal forma una función pública. El término “empleado” alude a la relación instrumental de trabajo con cualquier ente público.

La causa que origina la responsabilidad es un acto, un hecho o una omisión. La consecuencia que produce la responsabilidad declarada es una sanción pecuniaria. La responsabilidad se establece mediante un acto, proveimiento administrativo en todo su alcance, al cual se denomina “Declaratoria de Responsabilidad” y el órgano que lo dicta es la Contraloría General de la República.

Pasemos así a determinar cuáles son los supuestos de la responsabilidad. Una *summa divisio* podrá ser la que emerge del texto de la ley y distingue entre:

1. Faltas establecidas en la propia Ley de Salvaguarda.
2. Faltas establecidas en otras leyes o reglamentos y que den lugar a las declaraciones de responsabilidad del administrado.

De la enunciación del segundo grupo se pone en evidencia que las faltas no están sometidas a la reserva legal, por cuanto pueden ser establecidas por reglamento. Es sin embargo, necesario que la falta, cualquiera que sea su ubicación normativa, dé lugar a una declaratoria de responsabilidad administrativa (artículo 42, Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público), por lo cual la norma que la indique debe hacer este expreso señalamiento.

Todos los supuestos que se establecen o que se establezcan tienen como fundamento la tutela de los siguientes intereses de la Administración, que inicialmente señalamos y que son:

- Los principios de probidad administrativa entendidos como rectitud en el obrar.
- La defensa del patrimonio público evitando todo gasto ilegal, inútil y perjudicial, esto es, la tutela de intereses que van más allá de la legalidad formal.

a. *Faltas establecidas en la Ley de Salvaguarda*

Podemos distinguir en el texto aludido en el epígrafe dos grandes supuestos:

- a. I. Supuestos en que se violen reglas de buena administración.
- a. II. Supuestos relativos a las irregularidades que derivan de la declaración jurada de bienes y que aluden: a) A los sujetos que están obligados por la ley a formular dicha declaración y, b) A otros sujetos no sometidos en principio a la indicada carga.

- a. I. *Supuestos relativos a la violación de reglas de buena administración*

Son ellos los siguientes:

- 1) Faltas que derivan de la actuación en el manejo del presupuesto que pueda acarrear la responsabilidad de la República o de una entidad pública.

Al efecto la ley distingue y tipifica dos hipótesis:

- a. Falta de autorización para el manejo del presupuesto (artículo 35).
- b. Sobregiro presupuestario (artículo 35).

Tanto en el primero como en el segundo caso la falta resulta objetiva. No se requiere culpa. La sanción es de multa de Bs. 1.000,00 a Bs. 50.000,00 (artículo 35), que se aplica igualmente a los supuestos siguientes marcados en el número 2.

- 2) Faltas que derivan de la actuación en materia de cuentas bancarias. Se subdistinguen las siguientes hipótesis:

- a. Apertura de cuentas bancarias en nombre propio o de un tercero cuando se trata de fondos públicos que han de ser depositados (artículo 36).
- b. Depósito en cuenta propia de fondos públicos (artículo 36).
- c. Sobregiro en cuentas bancarias (artículo 36).

- 3) Faltas que derivan de la disposición indebida de los fondos o bienes de los cuales se es responsable. Se distinguen, al efecto, varias subhipótesis:
- a. Pago, uso o disposición indebidos de fondos u otros bienes de los cuales se sea responsable (artículo 37).
 - b. Ordenar a subordinados pago o empleo ilegal de fondos.
Eximente: Inferior que advierte por escrito la ilegalidad al superior.
 - c. Aprobación de pagos ilegales por parte de cuerpos colegiados.
 - d. Autorización de pagos ilegales.
Eximente: objeción previa por escrito de la orden.
- 4) Faltas que derivan de la expedición de certificados o constancias que justifiquen indebidamente la inasistencia de una persona a su trabajo (bien sea público o privado, trabajador u obrero) (artículo 39). Multa de Bs. 500 a Bs. 5.000.
- 5) Ocultamiento, acaparamiento o negativa injustificada a los usuarios de planillas, formularios o formatos (artículo 40). Multa de Bs. 2.000 a Bs. 10.000.
- 6) Realización de gastos innecesarios u onerosos. Dentro de este supuesto se distinguen las siguientes subhipótesis:
- a. Adquisición, arrendamiento o utilización de maquinarias, vehículos o mobiliario que excedan de las necesidades del organismo (artículo 41, ordinal 1º).
 - b. Adquisición, arrendamiento de bienes o utilización a precios superiores a los del mercado (artículo 41, ordinal 2º).
 - c. Contratación de servicios no estrictamente necesarios o a precios superiores a los del mercado (artículo 41, ordinal 3º).

- d. Autorización de celebraciones superiores a las necesidades protocolares (artículo 41, ordinal 5º). Multa en todos los casos de Bs. 10.000 a Bs. 500.000.
- 7) Faltas que derivan de negligencia en la defensa de los derechos y cuidado de los bienes.
- Se dan las siguientes subhipótesis:
- a. Prescripción o desmejoramiento de acciones (artículo 41, ordinal 8º).
 - b. Pérdida y deterioro de máquinas o equipos (artículo 41, ordinal 9º). Multa de Bs. 10.000 a Bs. 500.000.
- a. II. *Faltas relativas a la declaración de bienes*
- I. No presentación de la declaración dentro del lapso legal (artículo 19, ordinal 1º). Multa de Bs. 500 a Bs. 10.000.
 - II. No presentación de la documentación pedida por la Contraloría dentro del lapso por ella acordado (artículo 19, ordinal 2º). Multa de Bs. 500 a Bs. 2.000.
 - III. No retención del pago por parte de los ordenadores, a quienes no hubieren hecho la declaración o que habiéndola hecho, no hubiesen subsanado los vicios o le haya sido ordenada la suspensión preventiva por estar incurso el sujeto en averiguación de enriquecimiento ilícito (artículo 20). Bs. 500 a Bs. 2.000.
 - IV. Desacato a la orden de presentación de la declaración jurada (artículo 21, ordinal 1).
 - V. Impedimento o desacato de una diligencia que deba evacuarse para verificar la sinceridad de la declaración jurada (artículo 21, ordinal 2º). Multa de Bs. 500 a Bs. 10.000.

24. *Criterios para determinar la existencia de los supuestos constitutivos de la falta*

A nuestro ver el criterio es meramente objetivo. No se determina ni el elemento culpa y sus grados, sino la verificación de los elementos

constitutivos del tipo legal o reglamentario, salvo casos excepcionales como lo es el que exige negligencia en el cuidado de bienes y en la defensa de acciones.

Ahora bien, por disposición expresa de la ley existen algunos eximentes de la responsabilidad, como es el caso de la orden objetada por el ejecutante y ratificada por el superior, siempre que se deje constancia de ello. Por principio general de derecho es preciso admitir también como tales, al error y a la violencia (*vis absoluta*). El error que es propio de la condición humana y la violencia que es la sustitución de la voluntad de un tercero en la del supuesto agente material que ha actuado. Una conducta afectada por error o violencia sería nula, no podrá por ello surtir efecto alguno, salvo para el actor de esta última, las consecuencias penales que acarrea.

La ley establece un criterio menos riguroso para la imposición de la sanción administrativa. En tales casos ordena al organismo que ha de aplicarla, que tome en cuenta dos elementos:

1. La gravedad de la infracción.
2. La naturaleza de la actividad del organismo o entidad en la cual preste sus servicios el declarado responsable.

Nótese bien que este criterio moderador no alude al núcleo mismo de la determinación de la falta, sino a la aplicación de la sanción.

La sanción es una multa, la cual devengará intereses calculados a la rata del 12 por ciento anual. Se fija un término para cancelar la multa, y si éste se venciere sin que hubiere procedido el funcionario a cancelarla, el caso se pasará al Fiscal General de la República para que el mismo intente la acción civil de cobro, siguiéndose en tal caso el procedimiento previsto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil y siguientes (Título XIII, "De las demandas en que tengan interés las rentas públicas"). En caso de imposibilidad de cobro, a juicio del Fiscal General de la República, la Contraloría General de la República podrá acordar su conversión en arresto, y mientras dure la medida el funcionario no percibirá emolumento alguno.

25. *La responsabilidad administrativa en el régimen de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en la nueva ley*

Veamos el sistema que cada uno de dichos textos establecen:

LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Artículo 81. “La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias. Esta averiguación procederá aun cuando dichas personas hubieren cesado en sus funciones”.

El carácter de la norma es el de ser facultativa para la Contraloría.

Los sujetos sobre los cuales recae, son los funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las unidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias, cuando hubiesen cesado en el ejercicio de sus funciones.

Diferencia con el sistema de la Ley de Salvaguarda

Sólo en el carácter facultativo de la iniciación del procedimiento, en la iniciativa del mismo.

En la Ley de Salvaguarda las personas que pueden iniciar el procedimiento son:

1. La Contraloría, cuando del estudio de las declaraciones juradas estime que se ha incurrido en enriquecimiento ilícito, o cuando tenga conocimiento de hechos irregulares.
2. El Ministerio Público, mediante denuncia.
3. Cualquier persona debidamente identificada, mediante denuncia.

En lo que atañe a los sujetos sobre los cuales recae, se trata de los mismos en ambas leyes.

Por lo que respecta al objeto de la investigación, según la ley de Contraloría, su objetivo básico es precisar y aclarar una situación oscura o dudosa en relación con un eventual manejo erróneo, negligente o descuidado. De allí, que la primera finalidad perseguida por una investigación administrativa llevada a cabo por la Contraloría, es la de compro-

bar o no una posible irregularidad. Sólo si ella se demuestra, habrá de precisarse si derivan o no responsabilidades explícitas de esa irregularidad. Enseguida, como culminación de la investigación administrativa, detectada ya una responsabilidad, habrá de perseguirse la aplicación de las sanciones. Se trata de un procedimiento declaratorio porque la investigación tiene por objeto precisar la existencia de una posible irregularidad, y en su virtud, declarar la existencia de uno o más responsables administrativos, si así se desprende de la investigación. Aquí la Contraloría carece de una potestad sancionadora directa derivada de la investigación o averiguación.

Respecto al alcance de la decisión, se observa que la decisión con la cual concluye la averiguación puede tener el siguiente contenido: 1) Declaración de responsabilidad; 2) Absolución; 3) Sobreseimiento.

La absolución declara que no ha logrado producirse prueba plena de que el encausado ha cometido las irregularidades investigadas (artículo 53 del Reglamento).

El sobreseimiento procede en los siguientes casos: a) Cuando se compruebe que los hechos que dieron motivo a la averiguación no originan responsabilidad administrativa; b) Cuando hayan prescrito las acciones; c) Cuando los hechos averiguados resulten falsos; d) Cuando haya fallecido el indiciado (es *intuitu personae*); e) Cuando habiéndose comprobado hechos generadores de responsabilidad, no se haya podido determinar en autos; f) Cuando "existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la investigación".

La declaración de responsabilidad hará que quede firme la decisión (artículo 84 de la Ley) que determine administrativamente la responsabilidad. El auto respectivo y demás documentos serán pasados al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de la cual informará por escrito a la Contraloría y "será entonces quien ejerza la potestad jerárquica, quien aplique la sanción".

En el sistema de la Ley de Salvaguarda, el objetivo del procedimiento es "demostrar los referidos hechos ilícitos" (enriquecimiento ilícito o la comisión de hechos irregulares contemplados por la Ley).

El alcance de la decisión es la siguiente:

Terminada la investigación, la Contraloría podrá:

a. Declarar que no resultaron probados los hechos averiguados.

- b. Declarar la responsabilidad administrativa e imponer las sanciones pecuniarias que sean procedentes.
- c. El resto se rige por la Ley Orgánica de Contraloría en relación con el sobreseimiento.
- d. Solicitar del Fiscal General de la República si hay indicios de enriquecimiento ilícito o de otros delitos, intente las acciones penales y civiles correspondientes.

26. *El problema del cúmulo de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad disciplinaria*

¿Son acumulables la responsabilidad administrativa y la disciplinaria, entendidas en el sentido del derecho positivo?

¿Mas específicamente puede acumularse la responsabilidad declarada por la Contraloría con la sanción aplicable por el jerarca en la esfera de la Ley de Carrera Administrativa?

La respuesta no se presenta como absoluta, sea que se le dé una orientación positiva o que se incline por la negativa. Veamos por qué.

1. La Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público señala en forma expresa el principio de acumulación de la responsabilidad, al indicar que la administrativa es independiente de la civil y de la penal. Ahora bien, no menciona la responsabilidad disciplinaria, permitiendo así que se establezca una primera gran duda.
2. A favor de una respuesta positiva el artículo 29 de la Ley de Salvaguarda señala que, declarada la responsabilidad administrativa, se procederá de conformidad con el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República debiendo enviarse el caso al funcionario jerárquicamente superior para que aplique la sanción disciplinaria y si el mismo no lo hiciera, debe dirigirse al Fiscal General de la República para que éste lo haga a su vez. El organismo administrativo requerido deberá decidir, y contra tal decisión podrá elevarse recurso por ante el Tribunal de la Carrera Administrativa siendo legitimados para actuar, bien el Ministerio Público o bien el administrado.
3. Hay que recordar por una parte que la Ley Orgánica de Contraloría, a cuyo régimen reenvió el nuevo texto, contem-

pla la declaración de responsabilidad administrativa como un acto meramente declarativo que no implicaba en sí mismo una sanción. De pronto el nuevo legislador, que ha cambiado el sistema, dándole a la Contraloría el poder de sancionar, le exige que sea el vehículo para una nueva sanción que sobre la misma falta habrá de aplicar la Administración que ejerce la potestad jerárquica.

4. Debe tomarse en cuenta igualmente que la Ley de Carrera Administrativa establece como causal de destitución (artículo 62, ordinal 5º), la existencia de un "auto de culpabilidad administrativa en contra del funcionario, dictado por la Contraloría General de la República". Esta causal había sido calificada como objetiva por el Tribunal de Carrera Administrativa, en vista de la redacción que presenta en la ley, de cuya violación conoce. Pero hay que recordar que con posterioridad a ella fue dictada la Ley Orgánica de la Contraloría, en la cual la aplicación de la sanción de destitución en caso de que se dicte el auto de "responsabilidad administrativa", queda a juicio y valoración del jerarca. Obviamente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es de aplicación preferente por su especialidad y por ser posterior.
5. A todo lo anterior ha de añadirse que es principio de derecho sancionatorio (la aplicación de las sanciones en sede administrativa), que no puede aplicarse más de una sanción por una misma falta. En todo caso se podrá aplicar la pena más severa pero no acumularse las penas, aun cuando fueren de distinta naturaleza.

En el caso presente nos encontramos con que, utilizando siempre el lenguaje del derecho positivo, la responsabilidad administrativa (que produciría la aplicación de la multa) y la responsabilidad disciplinaria (que podría llegar a producir la destitución), son sustancialmente iguales, variando sólo el órgano que la aplicaría. ¿Pueden entonces acumularse? ¿Ha quedado así derogado el ordinal 5º del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa en lo que atañe la causal de destitución basada en el auto de responsabilidad administrativa?

27. *La discrecionalidad de la Contraloría General de la República en la determinación de la responsabilidad administrativa*

Una de las críticas más severas que se han hecho a la Ley de

Salvaguarda, es la de señalar que la misma consagra una excesiva discrecionalidad de la Contraloría General de la República. Sus defensores alegan que, por el contrario, tal discrecionalidad ha sido limitada porque no se trata de una libertad de apreciación de dicho organismo, sino de sujetarlo a la valoración de la discrecionalidad técnica. Se dice, al efecto, que no debe confundirse la discrecionalidad con la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, o nociones jurídicas imprecisas, las cuales son esencialmente objetivas y por ello no permiten ningún margen de libertad en el actuar como sí lo hace la discrecionalidad pura o discrecionalidad administrativa. Se dice que cuando la ley alude a "lo necesario", sólo hay una cosa necesaria. Cuando se habla de "justo precio", aquí no hay discrecionalidad porque hay un solo justo precio. En relación con lo anterior conviene aclarar los conceptos de discrecionalidad pura o administrativa y de discrecionalidad técnica.

La discrecionalidad verdadera y propia, o discrecionalidad pura o administrativa, es un margen de autodeterminación acordado por la Ley a la Administración, que puede versar sobre el contenido del acto (*quid*), puede recaer, igualmente, sobre la oportunidad de la providencia, sobre "cuando" procede, esto es (sobre el *an*), o elemento temporal de la decisión, y puede ejercerse finalmente, sobre las modalidades de la formación del acto (*quomodo*).

La *discrecionalidad técnica* existe cuando la actuación de la Administración debe fundarse, por disposición expresa de la norma, en una categoría técnica. Si se habla de sustancias tóxicas, la Administración ha de ceñirse al juicio científico al cual es reenviada su actuación. Visto lo anterior, no existe discrecionalidad alguna en la discrecionalidad técnica.

¿Es este el caso de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público? La respuesta habrá de dársela el lector o el oyente. He recopilado pacientemente las normas que en materia de determinación o procedimiento de responsabilidad administrativa, el legislador ha dictado respecto a la discrecionalidad de la Contraloría General de la República. Ellas son las siguientes:

El artículo 5, en su párrafo único, establece que la Contraloría General de la República puede, en "casos excepcionales" o "justificados", prorrogar los plazos para la entrega de la declaración jurada de bienes.

El artículo 7, párrafo único, indica que la Contraloría General de la República "podría ordenar a personas exceptuadas de la decla-

ración de patrimonio, que la efectúen en el término prudencial, cuando a su juicio ello fuese necesario”, con motivo de investigación.

El artículo 8, párrafo único, establece una facultad implícita al dar la posibilidad al organismo contralor de investigar las cuentas bancarias del declarante, ubicadas en el extranjero, lo cual podrá hacer en base a la autorización expresa e irrevocable que el declarante le otorga y que ha de contener la declaración para ser válida, sin que se requiera para utilizar dicha autorización que medie una investigación.

La Contraloría General de la República está facultada para exigir de los institutos bancarios la apertura de las cajas de seguridad de quienes estén sometidos a investigación y proceder a efectuarla aun en ausencia de su titular, siempre y cuando en este último caso esté presente un Fiscal del Ministerio Público.

La Contraloría puede “en cualquier tiempo” exigir a los sometidos a la ley, la declaración jurada “en la oportunidad y condiciones que juzgue convenientes” (artículo 22). En igual sentido puede exigir a las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras o suministren servicios a entidades públicas, la prestación de la declaración jurada de patrimonio, siendo la condición para el ejercicio de tal facultad que exista una averiguación en curso.

La Contraloría puede realizar las investigaciones “que considere procedentes cuando surjan indicios de violación de la ley”.

El artículo 23 le otorga un poder de interpretación.

El artículo 25 la faculta para realizar averiguaciones en el seno de todo organismo público por actos de los mismos que tengan relación con el patrimonio público.

El artículo 43 le permite acordar la conversión de la multa en arresto en los casos en los cuales sea imposible su cobro a juicio del Fiscal.

El artículo 54 la faculta para ordenar la retención preventiva de las remuneraciones, prestaciones o pensiones de un funcionario, cuando en el curso de una averiguación existan fundados indicios de responsabilidad del investigado.

Una vez expuestas las facultades del órgano contralor, hay que concluir que en ninguna de ellas figura en forma alguna el llamamiento a un juicio técnico. En todas, por el contrario, estamos ante la presencia de la más pura y absoluta discrecionalidad.