

NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

MANUEL RACHADELL

SUMARIO

I. *Aspectos jurídicos de las averiguaciones administrativas y de la declaratoria de responsabilidad administrativa.* 1. El órgano investigador: la Contraloría General de la República. 2. Las averiguaciones administrativas. A. Los reparos a las cuentas de los funcionarios y las averiguaciones administrativas. B. El procedimiento de las averiguaciones administrativas. 3. La declaratoria de responsabilidad administrativa. A. Los sujetos pasivos de la declaratoria de responsabilidad administrativa. B. La naturaleza de la declaratoria de responsabilidad administrativa. C. Los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa. a) La declaratoria de responsabilidad administrativa y las sanciones disciplinarias. b) La responsabilidad administrativa y las acciones penales. c) La responsabilidad civil. 4. La impugnación jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa. A. Recurribilidad del auto de responsabilidad administrativa. B. Organos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos. II. *La declaratoria de responsabilidad administrativa como instrumento contra la corrupción administrativa.* 1. Revisión de las instituciones de control. 2. Reorientación de la declaratoria de responsabilidad administrativa. A. La finalidad del auto de responsabilidad administrativa. B. La publicidad del auto de responsabilidad administrativa. 3. Aproximación del Contralor General de la República a la figura del Ombudsman. A. El Ombudsman en la Administración Comparada. B. La búsqueda de un Ombudsman venezolano. C. La Contraloría y el Ombudsman.

INTRODUCCION

En la Administración Comparada existen formas y mecanismos muy diversos para controlar la correcta utilización de los dineros públicos. La teoría de los controles cubre una extensa gama de instituciones, internas o externas a la Administración, y de procedimientos, unos preventivos y otros correctivos, que persiguen salvaguardar la legalidad

y la moralidad en el manejo de los fondos públicos, o atender a la más eficiente inversión de los mismos, según los casos.¹

En Venezuela, el control de las finanzas públicas se efectúa, principalmente, a través de la Contraloría General de la República, órgano a quien la ley que la rige le confiere la facultad de efectuar investigaciones tendentes a determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos que tienen a su cargo o intervienen en la Administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades públicas. Como resultado de esas investigaciones, y luego de cumplido un procedimiento previsto en la ley, el órgano contralor emite un auto en virtud del cual declara la responsabilidad o la absolución del investigado o el sobreseimiento de la averiguación.

El auto de responsabilidad administrativa es, desde el punto de vista jurídico, una simple declaración de que un funcionario público ha incumplido determinadas obligaciones inherentes al cargo que ejerce. En teoría, no constituye en sí mismo una sanción, aun cuando puede desencadenar la imposición de una sanción disciplinaria o penal al funcionario inculcado o puede suministrar los elementos para el ejercicio de una acción civil contra éste, según los casos. En la práctica, cuando el auto de responsabilidad administrativa se hace público, ello implica, además, una condenatoria moral para el funcionario, a quien de ordinario la opinión pública considera incurso en un acto de "corrupción administrativa", independientemente de que, en algún caso, la responsabilidad haya sido declarada por el simple incumplimiento de disposiciones procedimentales, sin que mediara dolo en la conducta del funcionario.

En tal virtud, el auto de responsabilidad administrativa emanado de la Contraloría General de la República, puede constituir un eficaz instrumento en la lucha por el saneamiento de nuestra Administración, a condición de que se le utilice con pleno conocimiento de su naturaleza, de sus efectos y sus implicaciones y que su imposición se haga con una finalidad moralizante sobre la Administración y no como un simple mecanismo de disciplina fiscal.

En las consideraciones que siguen analizaremos, en una primera parte, los aspectos jurídicos de las averiguaciones administrativas que

1. Sobre la teoría general de los controles y sus instituciones y procedimientos en la Administración Comparada, *vid.* Guy Braibant, Nicole Questiaux, Celine Wiener: *Le controle de l'administration et la protection des citoyens*, publicación de la Bibliothèque de l'Institut International d'Administration Publique, N° 3. Ediciones Cujas, París, 1973.

realiza el órgano contralor y, en una segunda parte, la reorientación que debe imprimirse a este mecanismo para convertirlo en un instrumento de lucha contra la corrupción administrativa, teniendo presente a estos efectos, la experiencia de otros países, y particularmente la que se deriva de la institución del Ombudsman escandinavo.

I. ASPECTOS JURIDICOS DE LAS AVERIGUACIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En Venezuela, el manejo de las finanzas públicas es objeto de control bajo diversas formas, unas internas y otras externas a la Administración. Entre las primeras, cabe señalarse el control jerárquico, que tiene lugar con base en la relación de supra y subordinación que existe entre los órganos que integran la Administración, dentro de una misma persona jurídica; el control de tutela que corresponde a la Administración Central en relación a los órganos descentralizados de derecho público y el control accionario, que toca realizar a los órganos tenedores de acciones sobre las compañías anónimas de capital público.

En cuanto a las formas de control externo de la Administración, nuestro ordenamiento jurídico prevé el control parlamentario, a cargo de las cámaras legislativas; el control jurisdiccional, que se ejerce a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el control fiscal, que se realiza por una entidad especializada, la Contraloría General de la República. En relación a esta última forma de control, analizaremos particularmente la actividad de la Contraloría desde el ángulo jurídico en cuanto se refiere a la utilización que hace este órgano del mecanismo de las averiguaciones administrativas sobre los funcionarios públicos y la naturaleza y efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

1. *El órgano investigador: la Contraloría General de la República*

Desde muy temprano en el discurrir de nuestra vida republicana se hizo presente la necesidad de contar con un mecanismo de control externo sobre las finanzas públicas. Conforme a la ley del 14 de octubre de 1830, sobre organización y gobierno de las oficinas de Hacienda, se creó el Tribunal de Cuentas, al cual se atribuyó, entre otras funciones, las de "examinar las cuentas de la Tesorería, Administraciones de Provincia y de Aduanas, hacer los cargos con arreglo a las leyes; oír la contestación de los reparos, o condenar al reintegro de los alcances

que resulten, haciéndolos efectivos dentro del tercer día, y dar finiquito después de desvanecidos éstos".²

La institución del Tribunal de Cuentas, inspirado en el modelo francés, se mantuvo con algunos cambios hasta que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 4 de junio de 1918, atribuyó a la Contaduría General de Hacienda, dependiente del Ministerio de Hacienda, "la centralización de todas las cuentas de ingresos y egresos de todas las oficinas que manejan ramos de la Hacienda Nacional y la cuenta de bienes nacionales, y el examen de dichas cuentas" (art. 83); mientras que asignó al Tribunal Superior de Hacienda, entre otras competencias, la de conocer de los juicios de cuentas contra los funcionarios de Hacienda cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparos y no convinieren en aceptar dichos reparos y pagar los alcances (arts. 353 a 377).

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 15 de julio de 1938, creó la Contraloría General de la Nación, a cuyo cargo estableció: "La fiscalización suprema de todos los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, así como la centralización, el examen y el control de todas las cuentas y operaciones fiscales y de bienes nacionales, inclusive materiales y efectos adquiridos y administrados por oficinas nacionales" (Art. 149). La Contraloría, definida como un "organismo administrativo autónomo", absorbió las funciones de la Contaduría General de Hacienda, que se realizaban a través de las salas de Centralización y de Examen, y asumió nuevas competencias, particularmente las que se pusieron a cargo de la Sala de Control, creada en esta reforma legal de 1938.

El establecimiento de la Contraloría en Venezuela tuvo como modelo a la "Contraloría General de la República" de Chile, la cual había sido creada en 1927, por recomendación de una misión de expertos norteamericanos, quienes habían propuesto un sistema de control inspirado en el sistema del "General Audit" americano. La evolución de estas instituciones de control en América Latina se ha caracterizado, en primer lugar, por la consagración de su existencia y atribuciones en normas constitucionales (en 1943 en Chile, y en 1947 en Venezuela) y, en segundo lugar, por una tendencia al fortalecimiento de su autonomía y al incremento de sus atribuciones, todo lo cual otorga a este mecanismo de control un lugar particular en la Administración Comparada.³ En la actualidad, nuestra Contraloría General de la Re-

2. Cfr. en la colección de *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*, Tomo IX, pp. 185 y ss.; Capítulo IV de la ley mencionada.

3. *Vid.*, Guy Braibant y otros: *op. cit.*, p. 227.

pública se rige por lo dispuesto en el Capítulo II del Título VIII de la Constitución y por una Ley Orgánica promulgada el 4 de enero de 1975, la cual entró en vigencia el 4 de julio del mismo año.

La Constitución establece que: "La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública" (art. 236), y que "corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos" (art. 234).

Por supuesto que el control sobre la Administración Pública no se agota en la actuación de la Contraloría, ya que no podemos desdeñar la importancia del control interno, tanto jerárquico como de tutela o accionario, que se realiza en el seno de la Administración, o de otras formas de control externo, como lo son el control parlamentario y el control jurisdiccional. Sin embargo, en nuestro país, el control que corresponde a la Contraloría ha adquirido una importancia creciente por su extensión y por sus modalidades. Esta forma de control externo ha sido denominada tradicionalmente "control fiscal", es decir, control sobre el Fisco, en virtud de la antigua concepción de que el Fisco es la personificación jurídica de la Hacienda Pública, tal como aún aparece consagrado en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

En la actualidad, conforme a la normativa vigente, este control fiscal se extiende, en primer lugar, a la Administración central, entendida ésta en su acepción más amplia, en la cual se abarcan las diferentes ramas del Poder Público que conforman a la República como persona jurídica; en segundo lugar, a la administración descentralizada, a cuyo efecto se establecen modalidades de control diferentes en relación a los institutos autónomos, a las empresas en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos o empresas del Estado tengan participación y a las demás instituciones promovidas por entes públicos; y en tercer lugar, a las administraciones estatales y municipales, en los términos establecidos en el Título V de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El control a cargo de este órgano comprende actividades de diversa naturaleza, que se traducen principalmente en actos de vigilancia y verificación de regularidad, actos de control de rentabilidad y de eficacia, actos normativos, de registro e información, de investigación y sancionatorios.

- A. Los actos de vigilancia y verificación de regularidad en relación a la Administración central, se realizan sobre los ingresos, los gastos, la deuda y los bienes públicos, así como sobre las operaciones relativas a los mismos. Sobre los gastos de la Administración central, las modalidades de control son las más rigurosas, pues se refieren tanto a la autorización previa del compromiso y a la verificación previa de las órdenes de pago, como al examen de las cuentas o control posterior. Sobre los institutos autónomos, el control se ejerce, en principio *a posteriori*, aun cuando la Contraloría, en determinadas circunstancias, puede establecer modalidades de control previo sobre dichos institutos.
- B. Los actos de control de rentabilidad y de eficacia, se refieren particularmente a la gestión de las empresas del Estado, tal como se expresa en el artículo 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con respecto a los cuales: "La Contraloría sólo podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecúa a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados".
- C. Los actos normativos de la Contraloría se refieren, en primer lugar, a su organización interna, y en segundo lugar a los sistemas y procedimientos contables a ser utilizados por los órganos y entes sujetos a su control. Además, el órgano contralor tiene facultades para exceptuar del control previo los compromisos que no excedan de cien mil bolívares, y establecer los casos y condiciones en que procede esta excepción y los requisitos que se deban cumplir.
- D. Los actos de registro e información permiten al órgano contralor dirigir la formación y vigilar la actualización de los inventarios de bienes de las dependencias de la Administración; preparar el balance general de la Hacienda Pública y los demás estados financieros que considere conveniente; llevar el registro de los funcionarios y empleados públicos; y por último, presentar anualmente al Congreso un informe sobre la actuación de la Contraloría o sobre la cuenta o cuentas que hayan presentado al Congreso los organismos y funcionarios obligados a ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución.
- E. Los actos sancionatorios se refieren, por una parte, a la potestad disciplinaria que tiene el Contralor con respecto al personal de la

Contraloría; y por la otra, a la facultad que tiene el Contralor de imponer multas hasta de cien mil bolívares a los funcionarios sometidos a su control, en los supuestos previstos en el artículo 93 de la Ley Orgánica que rige la institución. En relación a esta atribución de la Contraloría, ha sostenido el profesor Silva Cimma: "En principio, la potestad sancionadora debe radicarse en la administración activa, porque es una de las potestades de la esencia dentro del principio de la jerarquía administrativa. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, ningún inconveniente existe y por el contrario es conveniente y necesario dotar a los órganos de control externo de potestad sancionadora para que ella sea aplicada en determinadas circunstancias, en particular como hemos dicho cuando se obstaculiza o coarta la gestión de control".⁴

En estrecha conexión con estas facultades, corresponde a la Contraloría el examen y calificación de las cuentas de los funcionarios, por una parte, y por la otra la realización de averiguaciones tendientes a declarar la responsabilidad de los funcionarios públicos frente a la Administración.

2. *Las averiguaciones administrativas*

Dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que: "La Contraloría podrá realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma 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" (Art. 81).

Las averiguaciones a que se refiere este artículo, son las mismas que preveía la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en el artículo 172, numeral 7, como una de las atribuciones de la desaparecida Sala de Control de la Contraloría. En la nueva ley que rige la institución, así como en el Reglamento de la misma, se precisa, con un mayor grado de detalle, el procedimiento y los efectos de las averiguaciones.

Antes de considerar estos aspectos, conviene diferenciar este procedimiento y el de la formulación de los reparos a las cuentas de los funcionarios.

4. *Vid.*, Silva Cimma, Enrique: *El Control Público*, Publicaciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976, p. 91.

A. *Los reparos a las cuentas de los funcionarios y las averiguaciones administrativas*⁵

En la ley de 14 de octubre de 1830, sobre organización y gobierno de las Oficinas de Hacienda se establecieron, entre las atribuciones del Tribunal de Cuentas, las siguientes: "examinar las cuentas de la Tesorería, Administraciones de Provincia y de Aduanas; hacer los cargos con arreglo a las leyes; oír la contestación de los reparos, o condenar al reintegro de los alcances que resulte, haciéndolos efectivos dentro del tercer día, y dar finiquito después de desvanecidos éstos" (art. 34).

Por decreto de 18 de octubre de 1856, "relativo a los Juicios de Cuentas de la Hacienda Nacional y estableciendo el procedimiento que ha de seguirse en ellos", se regularon los aspectos procesales de los juicios que debían cumplirse ante el Tribunal de Cuentas. Esta situación se mantuvo hasta la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 4 de junio de 1918, en la cual, como antes se señaló, se atribuyó la centralización de las Cuentas a la Contaduría General de Hacienda y se dio competencia al Tribunal Superior de Hacienda para conocer de los juicios de cuentas. En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, de fecha 15 de julio de 1938, se dispuso que, si del examen de una cuenta que realiza la Sala de Examen de la Contraloría General de la Nación, resultaren cargos contra los empleados que la llevaron, se pasará el pliego de reparos a la Sala de Control, la cual la notificará al empleado. Si éste acepta los reparos, el Ministerio de Hacienda expedirá la correspondiente planilla de liquidación, a los efectos de su recaudación por la respectiva oficina. Pero si el empleado contradice los reparos, la Sala de Control le pasará todos los recaudos del caso al abogado de la Contraloría, a fin de que éste inicie el juicio de cuentas correspondiente ante el Tribunal Superior de Hacienda.

El procedimiento antes mencionado se mantuvo vigente hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual se suprime el juicio de cuentas y se dispone que la Contraloría, cuando fuere procedente, formulará los reparos a las cuentas de gastos y de ingresos de los funcionarios respectivos. Notificado el reparo al funcionario, comienza a correr un lapso de treinta (30) días continuos para contradecirlo. Si no se contesta el reparo, éste que-

5. *Vid.* "Distinciones que operan entre el procedimiento para establecer la responsabilidad administrativa y el juicio de cuentas". Dictámenes del Departamento Jurídico de la Contraloría General de la República, en la Revista *Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 44. Caracas, pp. 82-91.

dará firme. Si el interesado contradice el reparo, la Contraloría, por decisión razonada que agotará la vía administrativa, lo confirmará, reformará o revocará. La decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez firme un reparo, bien porque no fue recurrido, o porque habiéndolo sido se desestimó el recurso, la decisión de Contraloría constituye un título ejecutivo en el cual se declara la existencia de una obligación, a cargo del funcionario o del contribuyente, de pagar una suma de dinero líquida y exigible. En tal virtud, corresponde al Ejecutivo Nacional gestionar el cobro administrativa o judicialmente. Como puede observarse, la innovación introducida en la Ley Orgánica de la Contraloría, consiste en que este órgano no intenta un juicio contra el funcionario cuyas cuentas hubieran sido objeto de reparo, sino que pronuncia administrativamente el reparo, y corresponde al funcionario interesado impugnar el reparo ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este procedimiento, previsto en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y que sustituye al juicio de cuentas, de tan vieja data en nuestra Administración, difiere de las averiguaciones administrativas, fundamentalmente, en que éstas, cuando concluyen con un auto de responsabilidad administrativa, tal declaratoria en sí misma no implica obligación alguna de pagar al Fisco sumas de dinero.

B. *El procedimiento de las averiguaciones administrativas*

Conforme a las normas que rigen esta materia, la Contraloría procederá de oficio, o por denuncia de particulares, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público (art. 50, Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, del 27-12-77), a abrir una averiguación, "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" (art. 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República)... La apertura y sustanciación de la averiguación, así como la decisión sobre la misma, corresponde, en la estructura actual del organismo contralor, a sendas direcciones de Averiguaciones Administrativas, dependientes, respectivamente, de la Dirección General de Control de la Administración Central y de la Dirección General de Control de la Administración Descentralizada.

Abierta la averiguación, se procede a realizar las diligencias que se estimen indispensables: examen de documentos, citación de testigos, informes, experticias y cualquier otra. Si de los elementos de juicio examinados surgen indicios contra alguna persona, la Contraloría le ordena comparecer, en cuya oportunidad le toma declaración y le impone de los cargos en su contra. A partir de este momento, el expediente deja de ser sumario para el indiciado. Si éste así lo solicita, la Contraloría le concede un plazo no menor de quince días continuos ni mayor de cuarenta y cinco para contestar cargos, acompañar pruebas y producir los documentos que estime pertinentes para que sean agregados al expediente y apreciados en la decisión que recaiga sobre el asunto.

Conforme al artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, este organismo podrá abstenerse de seguir conociendo de investigaciones administrativas, "cuando el monto del presunto perjuicio causado no exceda de cien mil bolívares, caso en el cual remitirá las actuaciones practicadas a la autoridad competente para que sean proseguidas". Además, exige el Reglamento Interno de la Contraloría, del 30 de diciembre de 1977, que la suspensión de la averiguación, en estos casos, podrá acordarse cuando no hubiere mediado intención dolosa por parte del funcionario (art. 23, ord. 47, y art. 25, ord. 22). Es de hacer notar que en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, conjunto normativo que regulaba esta materia antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se disponía que "si la materia fuese de escasa importancia y no hubiera intervenido dolo, siempre que los perjuicios irrogados al Fisco no excedan de doscientos bolívares; y si el indiciado no fuera reincidente, podrá cortar el asunto en providencia amonestándolo, en todo caso" (art. 172, ord. 7º). Por otra parte, la Contraloría podrá declarar el sobreseimiento de la averiguación en los siguientes casos:

- a) Cuando al momento de iniciarse la averiguación, hayan prescrito las acciones que pudieran derivarse de los hechos que le dieron origen;
- b) Cuando haya fallecido el indiciado, y
- c) Cuando existan otros motivos legales que justifiquen no proseguir la averiguación (art. 60 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Con respecto a la prescripción de la responsabilidad administrativa, cabe señalar que el órgano contralor ha sustentado el criterio de aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según el cual:

“La acción penal para perseguir las contravenciones y las penas que se impongan por éstas, prescribirán a los cinco años, salvo disposición especial. La prescripción se contará e interrumpirá con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal”.

En tal virtud, se ha considerado que, desde el punto de vista de la declaratoria de responsabilidad administrativa, se establece una prescripción de cinco años cuando no se ha dado inicio a la investigación; y que este lapso se aumenta en la mitad en caso contrario. Fuera de estos casos, la decisión será de absolución o de responsabilidad administrativa. La decisión será en todo caso motivada y deberá contener: identificación del investigado; breve relación de los hechos que se le imputan y una síntesis del resultado de las pruebas evacuadas; las razones de hecho y de derecho en que se fundamente la decisión; y la declaración de responsabilidad administrativa o de absolución del investigado o la de sobreseimiento del asunto (art. 61, R.L.O.C.G.R.).

Si la decisión declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público, éste podrá interponer un recurso jerárquico para ante el Contralor, dentro de los diez días continuos siguientes a la fecha de haber sido notificado de la decisión que se impugna (art. 77 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Sin embargo, no es necesaria la interposición del recurso jerárquico para entender agotada la vía administrativa (art. 78, R.L.O. de la Contraloría General de la República). Es decir, que una vez declarada la responsabilidad administrativa por la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la correspondiente Dirección General de Control, el funcionario inculpado puede conformarse con tal declaratoria, o bien puede escoger entre recurrir ante el Contralor por vía de recurso jerárquico dentro de los diez (10) días continuos siguientes a la notificación, o intentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del lapso ordinario de seis (6) meses contados desde la notificación de la decisión. En caso de interponerse el recurso jerárquico ante el Contralor, será la decisión de éste la que agotará la vía administrativa y comenzaría a correr un nuevo lapso para intentar el recurso contencioso-administrativo, si el Contralor confirma el auto recurrido.

3. *La declaratoria de responsabilidad administrativa*

Cuando la averiguación administrativa concluye con una declaración de responsabilidad administrativa, los sujetos pasivos de la misma están sometidos a determinados efectos que se derivan de la naturaleza de tal declaración. Estudiaremos estos aspectos separadamente.

A. *Los sujetos pasivos de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

El auto de responsabilidad administrativa se pronuncia siempre contra un funcionario público. Si bien los particulares pueden ser objeto de fiscalizaciones y averiguaciones por parte del organismo contralor, la declaratoria de responsabilidad administrativa sólo puede recaer sobre un funcionario público. Con respecto a los particulares, en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se dispone que:

“Si en el curso de una averiguación se comprueba la actuación irregular de particulares en perjuicio de los intereses de la República, además de solicitar la imposición de las sanciones civiles y penales que sean pertinentes, la Contraloría alertará a los organismos públicos para que tomen las medidas de precaución que consideren pertinentes, en sus futuras o eventuales relaciones con aquéllos” (art. 61).

En cambio, la noción de funcionario público, y por tanto, pasible de la declaratoria de responsabilidad administrativa, se ha interpretado en un sentido muy amplio. En nuestra Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se ha contemplado tradicionalmente la categoría de empleado de Hacienda, que en forma genérica el artículo 140 de esta ley define como: “los empleados encargados de la adquisición, custodia, administración, entrega o inversión de bienes nacionales de cualquier género, inclusive materiales, así como del manejo de fondos”. Sin embargo, la noción de funcionario público, a los efectos que estamos analizando, es más amplia que la noción de empleado de Hacienda. En efecto, en nuestro país el concepto de funcionario público es más o menos amplio según el ángulo desde el cual se enfoque. Así, “para los efectos de la ley penal, se consideran funcionarios públicos:

1. Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sean por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, del Distrito Federal, Terri-

- torio o Dependencia Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de estas entidades;
2. Los agentes de la fuerza pública. Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales; los conjueces, asociados, jurados, árbitros, expertos, intérpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones" (Código Penal, art. 236).

En cambio, para la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, esta noción es aún más amplia. Así: "Para los efectos de esta ley, se consideran funcionarios o empleados públicos:

- 1º Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, Distrito Federal, Territorio o Dependencia Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.
- 2º Los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el número anterior, estén encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la Nación, al de los Estados o de las Municipalidades o al de los institutos o establecimientos sometidos por la ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades" (art. 2º).

Ahora bien, a los efectos de la determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables en lo administrativo por el organismo contralor, la noción de funcionario público debe fundamentarse por una parte, en el principio constitucional de que "el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley" (art. 121 de la Constitución), y por otra, en la obligación de rendir cuentas establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en los siguientes términos:

"Las oficinas y empleados de Hacienda, así como las entidades o personas sometidas al control establecido en la presente ley, que administren, manejen o custodien fondos y otros bienes públicos, están obligados a rendir cuentas de su gestión, en la forma y oportunidad que determine la Contraloría" (art. 6º).

Por otra parte, cabe hacer una distinción entre los órganos o entes sujetos a ser investigados por la Contraloría, y las personas susceptibles

de ser declaradas responsables en lo administrativo. En cuanto a los primeros, la Contraloría puede realizar averiguaciones en cualquier organismo público, tenga éste la forma jurídica de derecho público (personas territoriales y establecimientos públicos) o de derecho privado (fundaciones y asociaciones o sociedades civiles y mercantiles). En tal sentido, la redacción del artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría es sumamente amplio y, además, el artículo 65 *ejusdem*, incluye expresamente a las administraciones estatales o municipales entre los órganos sujetos a las funciones de inspección, fiscalización e investigación por el organismo contralor; funciones investigativas éstas que pueden incluso extenderse hasta los particulares (art. 81, *ejusdem*). Por estas razones, no compartimos el criterio de Enrique Sánchez Falcón, cuando señala que la Contraloría carece de competencia para realizar investigaciones en las empresas del Estado, basado en que, en el artículo 64 *ejusdem*, se establece que:

"En las empresas en que la República, los institutos autónomos y otros entes públicos tengan participación, la Contraloría sólo podrá practicar auditorías y ejercer funciones de control de gestión".⁶

Conforme a lo anterior, si bien la Contraloría tiene facultades para realizar investigaciones en relación a esta categoría tan amplia de personas, en las cuales se incluye a los particulares, sólo puede declarar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, y no de todos ellos, puesto que deben excluirse los que prestan sus servicios en las administraciones estatales y municipales, dado que, según la ley, la Contraloría debe limitarse a comunicar el resultado de sus actuaciones en los Estados y Municipios, según el caso, al Ejecutivo Nacional, a la Asamblea Legislativa o al Concejo correspondiente. En cambio, deben incluirse en la categoría de los funcionarios susceptibles de ser declarados responsables en lo administrativo, a los directivos y administradores de fundaciones, asociaciones y sociedades civiles y mercantiles que pertenezcan a la República o a un establecimiento público nacional, a donde éstos sean socios mayoritarios o tengan una participación decisiva. Ello en virtud de que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional considera como empleados de Hacienda, a los que "tengan a su cargo la dirección de establecimientos industriales de la Nación" (art. 128). Esta opinión, por lo demás, está conforme con lo dispuesto en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito,

6. Sánchez Falcón, Enrique: "Contribución al estudio de la potestad investigativa de la Contraloría General de la República", en la *Revista de Control Fiscal*, N° 77, Caracas, 1975, pp. 75 y 76.

según la cual se consideran funcionarios públicos a “los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa del Gobierno de la Unión...” (art. 3).

En conclusión, la responsabilidad administrativa puede ser declarada con respecto a los funcionarios al servicio de la Administración Central, de los Institutos Autónomos y demás establecimientos públicos y a los directivos y administradores de las empresas del Estado, sociedades civiles y fundaciones de carácter público.

B. *La naturaleza de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

Hemos señalado que las averiguaciones administrativas que realiza el organismo contralor pueden concluir en una declaratoria de responsabilidad administrativa en relación a un funcionario público. Es necesario precisar, qué significa la expresión “responsabilidad administrativa”.

Del examen de las normas que rigen la materia se desprende que el pronunciamiento de la Contraloría determina, en primer lugar, que se ha producido una infracción en las normas que regulan el manejo de fondos o bienes nacionales y, en segundo lugar, que determinado funcionario público es el responsable de la infracción mencionada. En efecto, la declaratoria de responsabilidad administrativa no procede sino por el incumplimiento de deberes del funcionario relacionados con el manejo de fondos o bienes públicos, tal como lo estableció el Tribunal Superior Primero de Hacienda: “aunque si bien es verdad como se afirma, el que la esencia de la responsabilidad administrativa es la conducta que no se ajusta a las normas legales, en instrucciones de superiores jerárquicos, o como deberes propios de la condición de funcionarios, también lo es el que la norma señalada requiere que la falla de tal conducta sea con ocasión del manejo de fondos o bienes nacionales, lo que por razones obvias tiene que producir un daño al Fisco Nacional”.⁷

Aun cuando, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría, la declaratoria de responsabilidad del funcionario pudiera pronunciarse sin que se hubieran causado perjuicios pecuniarios al Fisco, lo cierto es que, en todo caso, la infracción que declara el órgano investigador debe referirse al incumplimiento de deberes del funcionario relacionados con

7. Sentencia del 22-5-74, citada por E. Sánchez Falcón, *loc. cit.*, p. 79.

el manejo o custodia de bienes o fondos públicos y no en relación a la infracción de cualquier otro deber del funcionario.

A este respecto, cabe observar que no existe una tipicidad en relación a las faltas que puede generar la declaratoria de responsabilidad administrativa y que, por tanto, la facultad de apreciación que se concede al órgano contralor es de una discrecionalidad muy amplia, casi total.

En este contexto, la palabra "responsable" sirve para indicar al "culpable" de la infracción. Así, en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en una norma hoy derogada, se establecía que las averiguaciones que abriera la Contraloría terminaría indispensablemente "por un acto de sobreseimiento, si se encontraba que no hay motivos fundados para proceder, o bien por una declaratoria de absolución o *culpabilidad*" (art. 172, numeral 7, subrayado nuestro). En la Ley de Carrera Administrativa se conserva la expresión "auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" al referirse a una de las causales de destitución (art. 62, ordinal 5). Al aprobarse la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se sustituyó la expresión "culpabilidad" por la de "responsabilidad", probablemente porque esta última mención es más neutra, no implica un juicio de valor en relación a la conducta del funcionario que ha infringido las normas que rigen el manejo de los fondos o de los bienes públicos.

Antes de continuar es conveniente establecer algunas precisiones terminológicas en esta materia. En relación a los conceptos de responsabilidad penal y de responsabilidad civil no existen mayores dudas. Así, señala el profesor Lares Martínez que:

"Incurren en responsabilidad penal los agentes públicos que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realizan infracciones expresamente previstas por las leyes como delitos o faltas, y sancionadas por ellas con penas determinadas";⁸

Mientras que incurren en responsabilidad civil:

"Los agentes públicos que, en el ejercicio de sus funciones, por acción y omisión, causan daños a los particulares o a la Administración. La falta del funcionario genera en este caso la obligación de indemnizar, o sea, reparar pecuniariamente los daños causados".⁹

8. Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª Edición, UCV. Caracas, 1978, p. 431.

9. *Ibidem*, p. 434.

Ahora bien, con respecto a la noción de responsabilidad administrativa, existen opiniones divergentes. Así, para Lares Martínez y Brewer, responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria son sinónimos. En tal sentido afirma Lares Martínez:

"Incurrn en responsabilidad administrativa el agente público que, en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, afecta la disciplina o el buen funcionamiento del servicio. Se denomina igualmente responsabilidad disciplinaria. Las infracciones a los deberes del funcionario se sancionan con medidas disciplinarias, impuestas por el superior jerárquico, tales como la amonestación, la suspensión temporal del empleo, y la destitución".¹⁰

Para Brewer:

"Los empleados y funcionarios públicos, por el ejercicio de sus funciones, pueden tener comprometida su responsabilidad administrativa, íntimamente relacionada con el concepto de jerarquía administrativa y de poder disciplinario. Los empleados públicos podrán ser sancionados cuando incurran en falta y de acuerdo con la gravedad de la misma, con las penas de amonestación, multa, suspensión del cargo sin derecho a sueldo, y destitución".¹¹

En cambio, para el profesor Tulio Chiossone debe distinguirse la sanción administrativa de la sanción disciplinaria, al señalar que:

"La sanción de esta última especie tiene por objeto mantener incólume la eficacia de los ordenamientos jurídicos, cuando éstos son afectados por la conducta de los funcionarios, a quienes compete su aplicación, siempre que tal conducta se refiera a omisiones materiales no dolosas ni culposas; en cambio, la sanción administrativa propiamente dicha se aplica, no a los funcionarios por la razón que acabamos de explicar, sino a los ciudadanos en general por la transgresión de sus deberes frente a la Administración Pública".¹²

Luego, para el profesor Chiossone, lo característico de la sanción administrativa es que la misma es aplicada por la Administración, en contraste con la sanción penal, la cual es pronunciada por los tribunales. Ahora bien, la Administración puede sancionar a los administrados o a sus funcionarios. Por ello, propone Chiossone que se reserva el nombre de sanción administrativa para el primer caso, y sanción disciplinaria para el segundo. Sin embargo, para evitar confusiones en esta materia,

10. *Ibidem*, p. 432.

11. Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Aspectos de la actividad contralora sobre los funcionarios públicos y sus consecuencias". *Revista del Colegio de Abogados del Dto. Federal*, N° 129. Caracas, enero a junio de 1965.

12. Chiossone, Tulio: *Sanciones en Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho, UCV, 1973, p. 39.

sugerimos que en lugar de hablarse de sanción administrativa, en el caso a que se refiere el profesor Chiossone, se diga "sanción administrativamente impuesta". Así la sanción disciplinaria sería siempre una sanción administrativamente impuesta, en tanto que las sanciones para los administrados podrían ser impuestas administrativa y judicialmente, según los casos.

En la Constitución de la República se menciona separadamente a la responsabilidad administrativa y a la responsabilidad disciplinaria, así:

"Son atribuciones del Ministerio Público: 5) Intentar las acciones a que hubiera 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" (art. 220).

Asimismo, en relación a los funcionarios que violen o menoscaben los derechos consagrados en la Constitución, se establece en ésta que:

"Incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes" (art. 46).

En el mismo sentido se establece en la Ley de Carrera Administrativa que:

"Los funcionarios públicos responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos o irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones" (art. 55).

Cabe preguntarse: ¿Cuál es el sentido de esta distinción? ¿Será que la ley entiende que la responsabilidad administrativa constituye una clase autónoma de responsabilidad? En nuestro criterio, existe bastante confusión en esta materia, ya que la expresión "responsabilidad administrativa" puede aludir, según el contexto, a una de estas dos ideas: o bien se la entiende como un sinónimo de responsabilidad disciplinaria, tal como lo expresan los autores Brewer y Lares Martínez, antes citados, y en tal caso, cuando las normas legales y constitucionales que hemos transcrito se refieren a "responsabilidad administrativa y disciplinaria", no hacen sino reiterar la misma idea, con el fin de enfatizar la responsabilidad de los funcionarios públicos, o bien podría sostenerse que se trata de un tipo especial de responsabilidad diferente de la disciplinaria y, por supuesto, de la civil y de la penal. Examinemos esta hipótesis.

Históricamente, podemos señalar como origen de esta confusión, la promulgación, por la Junta Revolucionaria de Gobierno, del Decreto N° 64, del 27 de noviembre de 1945, por el cual se creó el jurado de Responsabilidad Civil y Administrativa, "que tenía como misión fundamental la de juzgar a las personas naturales o jurídicas, que por sí o por terceros hubieran cometido intencionalmente, por negligencia o por imprudencia, actos o hechos lesivos a la cosa pública o se hubieren enriquecido ilícitamente, en beneficio propio o ajeno, prevalidos de la influencia que les permitían sus funciones públicas".¹³ En este caso, no se trataba de consagrar un tipo de responsabilidad diferente, sino que se refería a la responsabilidad civil que se derivaba del ejercicio de funciones administrativas. Sin embargo, esta expresión se ha venido repitiendo en diversas normas, incluso de rango constitucional, y así, en la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de 1980, se dispone que "...el funcionario que viole esta disposición incurrirá en responsabilidad administrativa" (art. 10, *in fine*).

Del mismo modo, en el Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, se consagra en el Título V, "De la Responsabilidad Administrativa", que:

"El funcionario o empleado público responde administrativamente, no sólo por sus actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o reglamentaria que produzcan un daño, perjuicio o despilfarro en el patrimonio público, sino también cuando ese resultado hubiese sido consecuencia directa de su negligencia, impericia o imprudencia en el manejo, administración, custodia, depósito, tenencia o uso de los caudales o bienes de dicho patrimonio. La responsabilidad administrativa a que se refiere el párrafo precedente es independiente de las responsabilidades civiles y penales" (art. 34).

Como vemos, ni en la disposición transcrita, ni tampoco en las subsiguientes, se define lo que se entiende por responsabilidad administrativa, aun cuando al no citarse allí a la responsabilidad disciplinaria, podría pensarse que se está refiriendo a este tipo de responsabilidad. Ello se confirma al considerar que, en el mismo título del proyecto que comentamos, se dispone que:

"... para la imposición de las *sanciones disciplinarias* previstas en esta ley, se tomará en cuenta, además de la gravedad de la infracción, la fortuna del contraventor (*sic*), la importancia de la función a él encomendada y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar la multa (*sic*)" (art. 48, subrayado nuestro).

13. Morillo Gilberto: *Aspectos Jurídicos del Enriquecimiento Ilícito*. Caracas, 1972, p. 14.

Por otra parte, en este proyecto se establece que:

“La Contraloría General de la República declarará la responsabilidad administrativa que en la inversión ilegal de fondos estatales y municipales pueda caberles a las autoridades o empleados respectivos, sin perjuicio de pasar los antecedentes al Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, para la persecución de las responsabilidades civiles y penales que procedieren” (art. 40).

De lo expuesto hasta aquí se infiere que, conforme a las normas en las cuales se consagra la expresión “responsabilidad administrativa”, la misma se utiliza, o bien como sinónimo de responsabilidad disciplinaria, o bien para designar una declaratoria que realiza la Contraloría General de la República de que un funcionario público ha incumplido determinadas obligaciones de su cargo, o como muy bien lo expresa Sánchez Falcón:

“...una mera declaratoria del vínculo o relación de causalidad, entre el hecho inculparable y la conducta del sujeto inculcado”.¹⁴

Ahora bien, esta “responsabilidad administrativa”, ¿es una verdadera responsabilidad? Si entendemos la palabra responsabilidad como “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”,¹⁵ no es una verdadera responsabilidad, al menos en el mismo sentido que se le da a la expresión “responsabilidad civil, penal o disciplinaria”. En efecto, la responsabilidad civil se traduce en una obligación de reparar pecuniariamente un daño causado; la responsabilidad penal acarrea una sanción penal y la disciplinaria una sanción disciplinaria. Cabría entonces preguntarse, ¿cómo se hace efectiva la responsabilidad administrativa así entendida? En principio, y como veremos luego, la declaratoria de responsabilidad administrativa debe generar alguna sanción disciplinaria para el funcionario inculcado, aun cuando sea una mera amonestación del superior jerárquico, y podría, además, desencadenar sanciones penales y civiles, si los hechos constatados fueren susceptibles de dar lugar a ellas.

De allí que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional expresaba mejor el sentido de la declaratoria de la Contraloría, al denominarlo “auto de culpabilidad”, puesto que culpable es “aquel a quien se

14. Sánchez Falcón, Enrique: *op. cit.*, p. 70.

15. *Diccionario de la Lengua Española*, Décima Novena Edición, 1970.

puede echar o se echa la culpa",¹⁶ independientemente de la responsabilidad, que se hace efectiva por los medios que veremos en seguida.

C. *Los efectos de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

En el curso de la averiguación administrativa, y aun antes de concluirse la misma, con la declaratoria correspondiente, el órgano contralor puede tomar algunas determinaciones: en primer lugar, "el Contralor podrá solicitar la destitución o la suspensión en el ejercicio del cargo, mientras dure la averiguación administrativa, cuando se trate de funcionarios o empleados reincidentes o cuando la gravedad de los hechos así lo amerite" (art. 94 de la L.O.C.G.R.). En segundo lugar, si aun antes de concluir el procedimiento administrativo el funcionario investigador tiene conocimiento de que, presuntamente, se ha cometido un hecho punible, está en el deber de ponerlo en conocimiento de las autoridades correspondientes a la mayor brevedad, pues de no hacerlo se expone a la sanción prevista en el artículo 208 del Código Penal. No obstante, interesa por el momento destacar, especialmente, los efectos que produce la conclusión del procedimiento de la averiguación con un auto de responsabilidad administrativa. Hemos indicado que, como mera declaración, el auto de responsabilidad administrativa no produce, en sí mismo, ninguna consecuencia jurídica. Sin embargo, esta declaración puede tener un efecto desencadenante de la responsabilidad disciplinaria y de la responsabilidad civil y penal.

a) *La declaración de responsabilidad administrativa y las sanciones disciplinarias*

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, era claro que la declaratoria de "culpabilidad administrativa" prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional no tenía como secuela necesaria la aplicación de una sanción disciplinaria para el funcionario inculpado; frente a esta situación, señalaba Brewer-Carías en 1965:

"Sería deseable, en este aspecto, la existencia de una mayor coordinación entre la función investigativa del organismo contralor y la actividad jerárquica disciplinaria, y, quizás, una mayor injerencia de las entidades fiscalizadoras en esta última función, con el objeto de hacer efectivas y

16. *Ibidem.*

reales las consecuencias de la actuación negligente o de las omisiones de los funcionarios públicos, lo que contribuiría notablemente al mantenimiento de ese elevado nivel ético en la Administración Pública".¹⁷

En este orden de preocupaciones, en el II Congreso Latinoamericano de Instituciones Fiscalizadoras, celebrado en Santiago de Chile en 1965, la delegación venezolana propuso y obtuvo que se aprobara un acuerdo en virtud del cual:

"Entre las potestades de las entidades fiscalizadoras debe hallarse la de aplicar directamente sanciones administrativas a aquellos agentes que incurran en irregularidades en la recaudación, custodia, administración e inversión de los fondos o bienes del Estado".¹⁸

Producto de esta corriente de opinión, al discutirse en el Congreso de la República, en 1970, el proyecto de Ley de Carrera Administrativa, se aprobó incluir, entre las causales de destitución de los funcionarios públicos, la "condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República" (art. 62, ord. 5º).

Conforme a esta redacción, se ha sostenido que el auto de responsabilidad es una causal objetiva de destitución, y que la sanción disciplinaria debe ser aplicada inexorablemente por el superior jerárquico, una vez que ha quedado firme la declaratoria del organismo contralor. Ante esta opinión, se ha aducido el texto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual se dispone que:

"Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos, se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonablemente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría" (art. 84).

En consecuencia, la opinión dominante, a la cual adherimos, es que el superior jerárquico tiene facultades para aplicar la sanción según la magnitud de la falta, la cual puede ir desde una amonestación verbal, hasta una destitución, acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, durante un período no mayor de tres (3) años "que fijará el funcionario competente de acuerdo con

17. Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Aspectos de la Actividad Contralora...", *op. cit.*, p. 32.

18. Cit. por Silva Cimma, Enrique: *op. cit.*

la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados" (art. 84, L.O.C.G.R.).

Esta interpretación es la más acorde con nuestra tradición administrativa, porque de lo contrario sería admitir que la Contraloría pudiera sustituirse al superior jerárquico para aplicar sanciones de destitución, lo cual sería una interferencia de un órgano de control en el funcionamiento de la administración activa.

Por último, cabe preguntarse si el superior jerárquico puede abstenerse de aplicar alguna sanción. A este respecto, se ha sostenido con mucha lógica que:

"...la forma en que están expresadas las reglas de derecho contenidas en el artículo anteriormente referido, no deja lugar a dudas de que el funcionario competente está obligado a sancionar al sujeto inculcado por la Contraloría; nótese que la norma de marras le impone un término al funcionario para que aplique la sanción y, además, lo obliga a informar de ello a la Contraloría. No cabría pensar que tal formulación legal pueda interpretarse en el sentido de que el funcionario competente está en libertad de imponer o no la sanción respectiva".¹⁹

b) *La responsabilidad administrativa y las acciones penales*

Si como resultado de la investigación surgieren indicios de que determinados hechos pudieran estar tipificados como delito, se envía el expediente a la Fiscalía General de la República, órgano al que corresponde, conforme a la Constitución, intentar las acciones para hacer efectiva la responsabilidad penal de los funcionarios públicos (art. 220 de la Constitución).

A estos efectos, el Ministerio Público examina si efectivamente existen indicios de responsabilidad penal y, en caso afirmativo, el Fiscal General ordena que, por intermedio de uno o más fiscales del Ministerio Público, se intenten las acciones correspondientes.

En la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se dispone que:

"«Las diligencias ejecutadas por la Contraloría, incluida la prueba testimonial, tienen fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial» y que en el caso de la prueba testimonial, si fuera pedida su ratificación y ésta no fuere hecha, «dicha prueba podrá ser apreciada en su conjunto, como indicio»" (art. 87).

19. Sánchez Falcón, Enrique: *op. cit.*, p. 72.

Por último, cabe señalar que, iniciada una averiguación administrativa, no es necesario que la misma culmine para que pueda iniciarse la acción penal. En tal sentido, expresa la Ley Orgánica de la Contraloría:

“El procedimiento pautado en este título no impide el ejercicio inmediato de las acciones civiles y penales correspondientes ante los tribunales ordinarios y los procesos seguirán su curso, sin que pueda alegarse excepción alguna por la falta de cumplimiento de requisitos o formalidades exigidos por esta ley” (art. 85).

A los fines del enjuiciamiento de los funcionarios públicos, debe tenerse presente lo dispuesto en el Capítulo III, del Título III, Libro Tercero, del Código de Enjuiciamiento Criminal, respecto del artículo 215, numerales 1º y 2º de la Constitución, en coordinación con lo prescrito en la Sección Sexta, Capítulo II, Título V, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en relación al Antejudio de Mérito requerido para los funcionarios allí indicados, y en cuanto a los demás funcionarios, la necesidad de la averiguación de nudo hecho prevista en el Código de Enjuiciamiento Criminal, cuando el funcionario se encuentre en el ejercicio de su cargo (art. 374).

c) *La responsabilidad civil*

Si de la averiguación administrativa surgen indicios de responsabilidad civil, el órgano constitucionalmente responsable de hacer efectiva tal responsabilidad es la Fiscalía General de la República. A tales efectos, la acción civil puede intentarse conjuntamente con la acción penal, por ante un tribunal de la jurisdicción penal, o bien puede intentarse separadamente ante el tribunal civil competente por la cuantía y el territorio. En cualquier caso, las diligencias efectuadas por el organismo contralor tienen la fuerza probatoria a que antes se hizo referencia. Otra forma de hacer efectiva la responsabilidad civil del funcionario público, es por la vía del procedimiento del reparo, cuando se dan los supuestos para que sea procedente. En este sentido, se dispone en la Ley Orgánica de la Contraloría que:

“En los casos en que a través de la referida averiguación se determinaren irregularidades en el manejo de fondos y bienes, o en la rendición de cuentas, se lo participará al correspondiente departamento de la Contraloría para que inicie el procedimiento de reparo, si fuere el caso” (art. 85).

Por último, el organismo contralor puede disponer también, que los recaudos se pasen a la Comisión Investigadora Contra el Enrique-

cimiento ilícito, a los fines de que este organismo ordene abrir la correspondiente investigación. Como resultado de la misma, puede determinarse que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente y puede ser obligado a reintegrar a la República las sumas a que monta el referido enriquecimiento. Para este organismo, lo fundamental no es establecer la relación de causalidad entre la irregularidad administrativa que se imputa al funcionario y el presunto enriquecimiento derivado de la misma, sino examinar el incremento patrimonial del funcionario, en todo el período en que ha ejercido funciones públicas y determinar que, si el incremento patrimonial no puede ser justificado debidamente, se presume, sin que se acepte prueba en contrario, que el funcionario se ha enriquecido ilícitamente. En este supuesto la Comisión declara el enriquecimiento ilícito del funcionario, sin estar obligado a precisar en qué circunstancias se produjo el mismo, y remite los autos al Fiscal General de la República para que éste haga efectivo el reintegro a la Nación de las sumas objeto del enriquecimiento ilícito y la aplicación de las sanciones penales correspondientes.

Para que un funcionario público sea sometido a la acción de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito, no se requiere que haya sido declarado previamente responsable en lo administrativo por la Contraloría General de la República.

4. *La impugnación jurisdiccional de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

Bajo este título analizaremos, por una parte, la posibilidad de recurrir jurisdiccionalmente contra los actos declarativos de responsabilidad administrativa y, por la otra, los órganos competentes para conocer de los recursos.

A. *Recurribilidad del auto de responsabilidad administrativa*

En el pasado, se discutió si el auto de responsabilidad administrativa era susceptible de ser recurrido en vía contencioso-administrativa. Así, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de la Ley de Carrera Administrativa, Brewer sostenía:

“No siendo el acto de declaratoria de responsabilidad administrativa un acto definitivo que produce efectos directos sobre el funcionario público, sino preparatorio, pues en él no se impone sanción alguna, ese acto no es recurrible en vía contencioso-administrativa, aun cuando sea un acto que

causa estado, es decir, irrevisable en vía administrativa; será el acto administrativo de la Administración activa que imponga la sanción disciplinaria en base al acto de control, el acto administrativo que en este caso será recurrible".²⁰

Con anterioridad, el Departamento Jurídico de la Contraloría había opinado que:

"La averiguación administrativa prescrita en el numeral 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no es un procedimiento contencioso que deba rematarse con *decisión* que, al quedar firme, cause ejecutoria, sino previo o preparatorio, con el fin de proporcionarle a la Administración Pública la certeza de los elementos de que vaya a valerse para someter a juicio a los empleados de Hacienda que hubieren faltado a sus deberes, y de precaverla, en consecuencia, contra el riesgo de incurrir en tilde de ligereza o de temeridad al incoar tales procesos".²¹

Ahora bien, desde la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa, en la cual se considera el auto de responsabilidad administrativa como causal de destitución, y desde la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual regula el procedimiento de las averiguaciones administrativas, se acepta que la declaratoria de responsabilidad pronunciada por el órgano contralor no es un acto interno a la Administración y que su única función no es suministrar los elementos de juicio para la aplicación de una sanción disciplinaria, sino que es la decisión final de un procedimiento formalmente establecido, de carácter contradictorio, en el cual se consagra el derecho a la defensa del inculpado, con un lapso probatorio debidamente regulado y con mecanismos de notificación al interesado formalmente establecidos.

La decisión del procedimiento es recurrible en vía administrativa ante el Contralor, y la decisión final, aun cuando sea un acto mero-declarativo, produce consecuencias jurídicas: de un lado genera la aplicación de una sanción disciplinaria, a lo cual no puede negarse el superior jerárquico; del otro, las diligencias ejecutadas por la Contraloría tienen fuerza probatoria en los juicios civiles o penales que se intenten como secuela de la declaratoria de responsabilidad administrativa. En consecuencia, esta declaratoria es un acto administrativo de carácter

20. Brewer-Carías, Allan-Randolph: "Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa, emanados de la Contraloría General de la República", en: *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 37, Caracas, 1966, p. 61.

21. *Cfr.* en: *Dictámenes de la Consultoría*, 1938-1963, Tomo II. Contraloría General de la República. Caracas, 1963, p. 249.

definitivo. Además, el auto de responsabilidad administrativa pronunciado por la Dirección de Averiguaciones Administrativas causa estado en sí mismo, puesto que "no es necesaria la interposición de los recursos de reconsideración y jerárquico para entender agotada la vía administrativa" (art. 78 del Reglamento de la Contraloría General de la República).

B. *Organos jurisdiccionales competentes para conocer de los recursos contra los autos de responsabilidad administrativa*

En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se establecía que:

"Las decisiones del Contralor o de las Salas serán obligatorias para los empleados, funcionarios o particulares sobre quienes recaigan; pero los interesados podrán apelar de ellas dentro de los quince (15) días siguientes, contados a partir de la notificación por oficio de la providencia recaída, siempre que en la ley no esté previsto un procedimiento especial, así: de las dictadas por las Salas para ante el Tribunal Superior de Hacienda; y de las dictadas por el Contralor de la Nación para ante la Corte Federal o para ante los tribunales de lo contencioso-administrativo que puedan crearse en el futuro y a los cuales se les dé esta atribución" (art. 159).

Este mecanismo de impugnación a través del llamado por la doctrina "recurso jerárquico impropio", subsistió hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Si bien en esta ley no se regulan, en general, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones del organismo contralor, en materia de reparos se establece que:

"Contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo, se podrá ejercer el recurso de plena jurisdicción (*sic*) por ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, contados a partir de la fecha de la notificación" (art. 103).

Asimismo, se dispone en esta ley que:

"Mientras se crean los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales superiores de Hacienda conocerán de los recursos contra los reparos; de las decisiones de éstos se oirá apelación por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y se las consultará en todo caso con dicha Sala cuando sean totalmente exoneratorias de responsabilidad" (art. 116).

Ahora bien, la Ley Orgánica que regula al organismo contralor, no contiene ningún señalamiento expreso, en relación a la impugnación jurisdiccional de los autos de responsabilidad administrativa. Sin embargo, conforme a la Constitución (art. 206), y tal como lo tiene decidido la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, el control de la legalidad sobre los actos del Poder Público existe aun cuando no aparezca consagrado en alguna norma positiva. Por nuestra parte, antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sostuvimos que "el órgano jurisdiccional encargado de velar por la legalidad de los actos de la Contraloría, a falta de señalamiento expreso, es el Tribunal Superior de Hacienda",²² ante el cual debía interponerse el recurso contencioso-administrativo de anulación contra el acto que declara la responsabilidad administrativa de un funcionario público. Este criterio, que había sido aceptado por los jueces superiores de Hacienda, fue modificado por la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, dispuso esta ley que:

"Es de la competencia de la Corte como más alto tribunal de la República: 12. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional" (art. 42).

Se ha interpretado, con toda razón, que la Contraloría General de la República es un órgano del Estado de esta jerarquía, por lo cual los actos que de ella emanan son recurribles ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa.

Sin embargo, es necesario formular una observación a este respecto: el auto de responsabilidad administrativa puede emanar del Contralor General de la República, cuando el interesado ha interpuesto recurso jerárquico contra la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas. Pero no es requisito indispensable para agotar la vía administrativa la interposición del recurso jerárquico, conforme lo establece el artículo 78 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría. Por lo tanto, puede recurrirse directamente de la decisión de la Dirección de Averiguaciones Administrativas, para ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante esta situación, cabe preguntarse si el auto de responsabilidad administrativa es recurrible ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, aun en el caso

22. Rachadell, Manuel: "Impugnación jurisdiccional de los actos de la Contraloría General de la República", en *Revista de Control Fiscal*, N° 81. Caracas, 1976, pp. 73 y ss.

de que dicho acto emane de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República. Opinamos que debe hacerse la distinción, según el órgano de quien emana el acto. En efecto, tal como antes se indicó, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que la nulidad de los actos administrativos, generales o individuales, del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía, a nivel nacional, se intentará ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. No cabe duda que la Contraloría General de la República, junto con la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y el Consejo de la Judicatura, están en el nivel jerárquico a que se refiere la norma que comentamos, tal como lo ha asentado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en su sentencia del 12 de julio de 1978, al declarar la nulidad de un acto de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito.

Sin embargo, cuando decimos "Consejo Supremo Electoral" podemos referirnos a un conjunto orgánico dotado de autonomía funcional, con una estructura jerárquica en cuya cúspide se encuentra un órgano colegiado, o podemos referirnos, particularmente, a este órgano colegiado denominado Consejo Supremo Electoral, que es la máxima autoridad jerárquica dentro del conjunto orgánico. En el primer sentido, la expresión "Consejo Supremo Electoral" equivale a Contraloría General de la República; en el segundo, equivale a Contralor General de la República.

Ahora bien, entendemos que la ley de la Corte se refiere al segundo sentido, ya que la asignación de la competencia de la Corte se fundamenta en la jerarquía del órgano de quien emana el acto. Ante la posibilidad de entender la expresión "órgano" en una doble acepción: órgano-individuo y órgano-institución, consideramos que la ley se refiere en este caso al órgano-individuo, es decir, a "las personas físicas o conjunto de personas físicas por medio de las cuales las personas jurídicas manifiestan su voluntad".²³ Por lo tanto, serán recurribles ante la Corte Suprema de Justicia, los actos emanados del Consejo Supremo Electoral, del Contralor General de la República, del Procurador General de la República, del Fiscal General de la República y del Consejo de la Judicatura. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo al expresar: "...el criterio que sirvió de base a esta Corte para considerar que los otros órganos o autoridades del Estado a nivel nacional, no pueden ser otros

23. Lares Martínez, Eloy: *op. cit.*, p. 364.

que el Consejo de la Judicatura, el Fiscal, el Contralor y el Procurador General de la República..." (Sentencia del 20-7-78, caso recurso contra CIEI. *Vid.* igualmente sentencia de la Corte Primera del 20-12-79, caso Pautas del C.N.U.).

Cabría preguntarse entonces, ¿ante cuál tribunal son recurribles los actos emanados de funcionarios al servicio de estos órganos, si tales funcionarios no son los máximos jefes de los mismos? Comenzaremos por advertir, que es necesario que los actos emanados de los funcionarios mencionados agoten la vía administrativa. Por lo general, los actos que agotan la vía administrativa son los que provienen de la máxima autoridad del órgano, por lo cual es excepcional un acto de este tipo que emane de un funcionario que no sea el superior jerárquico. Precisamente, este carácter excepcional lo tiene el acto que dicta el Director de Averiguaciones Administrativas de la Contraloría General de la República, por la circunstancia de que el interesado puede optar por interponer o no el recurso jerárquico, sin que ello sea requisito indispensable para agotar la vía administrativa.

En este supuesto, si lo que se recurre es el acto del Director de Averiguaciones Administrativas, este órgano no tiene la misma jerarquía que el Consejo Supremo Electoral, por lo cual no puede impugnarse el acto que de él emane ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En nuestro criterio, tal impugnación debe intentarse, en este caso, ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, ya que conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dicho tribunal es competente para conocer, en primera y única instancia: "De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12, del artículo 42 de esta ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro tribunal" (art. 185, ord. 3°).

Ahora bien, hemos concluido que si el auto de responsabilidad emana del Contralor, el órgano jurisdiccional que conoce de su impugnación es la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, mientras que si emana del Director de Averiguaciones Administrativas, es recurrible ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo. Esta duplicidad no es en absoluto lógica ni conveniente, ya que se deja a la voluntad del interesado determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de un acto administrativo, según que intente o no el recurso jerárquico. El origen de esta situación proviene de la modificación que hizo el Presidente de la República

al Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, mediante Decreto N° 2.520, de fecha 27 de diciembre de 1977, puesto que en el Reglamento anteriormente vigente, dictado mediante Decreto N° 867, del 22 de abril de 1975, se consagraba que la decisión del recurso jerárquico agotaba la vía administrativa (art. 99).

En consecuencia, sería de desear que en una próxima modificación del Reglamento a que aludimos, se restituyera la exigencia de agotar la vía administrativa mediante el recurso jerárquico ante el Contralor General de la República, cuando el acto no emana de este órgano. De esta forma, se unificaría el sistema de recursos y se consagraría una normativa más acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con los principios que lo conforman. Por último, cabe señalar que la impugnación del auto de responsabilidad administrativa, sólo puede intentarse por infracción de la legalidad, por el órgano contralor, conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, dentro del lapso ordinario de seis meses, contado a partir de la notificación del acto, la cual se hará personalmente o mediante publicación en la *Gaceta Oficial*, y en dos de los diarios de mayor circulación en la República. (Artículo 112 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

II. LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO CONTRA LA CORRUPCION ADMINISTRATIVA

La deshonestidad en el manejo de los fondos públicos y las distintas y cada vez más sutiles formas que asume la corrupción administrativa constituyen en nuestro país un serio problema, que en los últimos años ha llegado a alcanzar proporciones alarmantes. Ya no se trata solamente de las implicaciones económicas de tal fenómeno, ni únicamente de sus consecuencias en la disminución de la eficacia del aparato administrativo, sino que se ha llegado a plantear la necesidad de enfrentar la corrupción administrativa como un requisito indispensable para el mantenimiento del sistema democrático.

Ahora bien, hasta el presente, las diversas instituciones y los distintos mecanismos que se han ideado para salvaguardar la honestidad en el manejo de los fondos públicos han resultado inoperantes para cumplir su objetivo, salvo cuando intervienen circunstancias políticas extraordinarias, o cuando se trata de irregularidades de menor cuantía.

En todo caso, en la sociedad venezolana existe el convencimiento de que la impunidad es la regla en los delitos contra la cosa pública y

que cuando se logra el enjuiciamiento de algún funcionario es porque éste carece de apoyo político o económico pero que, aun en este supuesto, es excepcional cuando el proceso culmina con una sentencia condenatoria.

No es nuestra intención entrar a analizar el fenómeno de la corrupción administrativa, sus causas y las distintas formas bajo las cuales se manifiesta, sino simplemente destacar que el mismo ha pasado a convertirse en un problema político que está socavando las bases de nuestras instituciones democráticas. Dentro de este orden de ideas, una lucha efectiva contra la corrupción administrativa no puede ser sino el producto de una decisión política emanada de los más altos niveles de decisión política del sistema. Pero una vez producida tal decisión, la misma debe instrumentarse a través de un conjunto de órganos, normas, sistemas y procedimientos que deben ser suficientemente idóneos para alcanzar el objetivo propuesto. En tal virtud deben evaluarse los mecanismos legales con que cuenta el país para enfrentarse al fenómeno de la deshonestidad administrativa y reorientar los mecanismos existentes, teniendo en cuenta las experiencias de otros países que puedan sernos de utilidad en este empeño.

1. *La revisión de las instituciones de control*

La tarea no es sencilla ni puede alcanzarse con soluciones mágicas. En primer lugar, lo que está planteado es nada menos que conformar una Administración Pública cuyos programas sean susceptibles de ser controlados, pero no en el sentido formal, en el cual ya tenemos muchos años de experiencia, sino en el cumplimiento o no de los objetivos de desarrollo asignados al aparato administrativo. Este aspecto se inserta en el necesario y permanente esfuerzo de reformar las estructuras, los sistemas y procedimientos de la Administración, para adecuarlos a las exigencias del desarrollo.

En el segundo lugar, para enfrentar el fenómeno de la corrupción administrativa deben evaluarse las diferentes instituciones, mecanismos y normas que existen para controlar la legalidad y la moralidad en el manejo de los fondos públicos. En cuanto a las instituciones, son numerosas en nuestro país, pero su acción carece de la debida coordinación y de la necesaria eficacia para cumplir el fin a que nos referimos. Dentro de este proceso de revisión es necesario comenzar por evaluar la actuación del Congreso de la República, como órgano de control por excelencia sobre la Administración, así como la actividad de los demás órganos de control, tales como los tribunales de justicia, el Mi-

nisterio Público, la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito, la Contraloría General de la República y los órganos de control administrativo internos y externos a la Administración. En nuestro país tuvimos además, una experiencia muy interesante, como fue la del Comisionado del Presidente de la República para Denuncias, Quejas y Reclamos, cargo éste que tuvo la duración de un período constitucional (1969/74) y que fue suprimido sin evaluar los efectos que produjo en el saneamiento de la Administración.

Dentro de este orden de preocupaciones y producto del conocimiento de que las instituciones actuales no son idóneas para garantizar el manejo correcto de los fondos públicos, se ha presentado a la consideración de las cámaras legislativas un Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en virtud del cual se derogaría la Ley Contra el Enriquecimiento de Funcionarios o Empleados Públicos, de fecha 30 de marzo de 1964. Conforme a este proyecto, además de ampliarse la competencia de la Contraloría General de la República en materia de investigaciones y de otorgar a dicho órgano una potestad sancionatoria directa sobre los funcionarios públicos, se crea el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público en sustitución de la Comisión Investigadora Contra el Enriquecimiento Ilícito y de los tribunales de la jurisdicción penal en el conocimiento de los delitos contra la cosa pública. Por otra parte, en el Proyecto que mencionamos se modifica la tipología de los delitos contra la cosa pública contenidos en el Código Penal, a los fines de prever nuevos supuestos y de agravar las penas consagradas en el mismo.

Aun cuando el Proyecto de Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público contiene innovaciones de indiscutible interés, consideramos necesario formularle, al menos, tres observaciones de fondo: En primer lugar, no parece conveniente crear una jurisdicción especial para conocer de los delitos contra el patrimonio público, a cargo de un tribunal que sustituiría a los doscientos tribunales penales que existen en el país. En segundo lugar, en este proyecto se modifican los tipos delictivos consagrados en el capítulo de Delitos Contra la Cosa Pública del Código Penal, en una forma que desafía abiertamente la técnica legislativa. Por una parte, se mantienen los tipos delictivos consagrados en el Código Penal, los cuales no se derogan, y por la otra, se agregan nuevos supuestos de hecho para los mismos tipos, se crean tipos nuevos y se agravan las penas para los tipos preexistentes. Ello conduciría a que la regulación legal sobre unos mismos hechos aparezca en leyes diferentes, cuando lo recomendable es, mediante una reforma del Có-

digo Penal, cuyo proyecto reposa en las cámaras legislativas, actualizar la tipología de los delitos contra la cosa pública.

En tercer lugar, en cuanto a la constitución del proyectado Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, al estar formado por tres magistrados a ser designados así: uno por el Congreso de la República, otro por el Presidente de la República y el tercero por la Corte Suprema de Justicia, ello hace necesario entendimientos políticos para efectuar las correspondientes designaciones, lo cual puede traducirse en condicionamientos políticos que enerven la actuación del tribunal.

Ahora bien, mientras estos proyectos de reforma legal, debidamente decantados, no hayan sido aprobados, se hace necesario reorientar los mecanismos existentes para hacerlos más eficaces en la lucha contra la corrupción administrativa.

2. *Reorientación de la declaratoria de responsabilidad administrativa*

En las líneas que anteceden hemos analizado la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia el órgano contralor, desde una perspectiva jurídica, al considerar los sujetos pasivos de la misma, el procedimiento, su naturaleza y efectos. Se trata ahora de utilizar ese mecanismo como un instrumento en la lucha contra la corrupción administrativa, para lo cual, además del análisis jurídico, se hace necesario considerar el instrumento desde el ángulo social, habida cuenta de que, en el empeño de elevar los niveles éticos en el funcionamiento de la Administración, es indispensable que el derecho sea auxiliado por la sociología y por la política.

En este orden de ideas, formularemos algunas reflexiones y proposiciones que persiguen reorientar este mecanismo jurídico, hasta convertirlo en un instrumento idóneo en relación al objetivo perseguido, y que se refieren, por una parte, a la finalidad moralizante del auto de responsabilidad administrativa; y por la otra, a la necesaria publicidad de las decisiones en esta materia.

A. *La finalidad del auto de responsabilidad administrativa*

Al evaluar la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia el órgano contralor, se constata que los funcionarios públicos pueden ser objeto de la misma cuando han incumplido determinados deberes inherentes al cargo que desempeñan, sin que, en general,

se distinga si tales incumplimientos se producen por una simple contravención de disposiciones procedimentales, o si ha mediado dolo en la conducta del funcionario.

En efecto, hemos señalado que en esta materia no existe tipicidad en cuanto a los hechos susceptibles de generar una declaratoria de responsabilidad administrativa y que las facultades de apreciación del órgano investigador son de la más alta discrecionalidad. Por otra parte, conocemos de la rigidez y complicación de los procedimientos administrativos, lo cual puede inducir a algún funcionario deseoso de actuar con un grado mayor de ejecutividad del que permite normalmente el funcionamiento de la Administración, a obviar algún trámite o a incumplir algún procedimiento referente al gasto público. En este supuesto, conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el organismo contralor puede iniciar una averiguación que culmine con un auto de responsabilidad administrativa o puede imponer una multa hasta de cien mil bolívares, según la gravedad de la falta.

Distinta a ésta es la hipótesis del funcionario que infringe las normas o los procedimientos administrativos en materia hacendaria o incumple los deberes, prohibiciones o incompatibilidades de los funcionarios públicos, con la finalidad manifiesta o presumible de obtener algún provecho o ventaja económica, para sí o para otra persona, o con el objetivo de causar un daño a la Administración o a un particular.

Ahora bien, en el primer caso, se ha incurrido en una contravención de procedimientos, sin fines dolosos, que debe ser sancionada con la finalidad de mantener la necesaria disciplina en el manejo de los fondos públicos. A estos efectos, la sanción que aparece adecuada es la multa prevista en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, mientras que debe reservarse la declaratoria de responsabilidad administrativa para aquellos casos en que sea manifiesta o presumible la intención dolosa por parte del funcionario inculpado.

Esta distinción tiene como finalidad convertir a la declaratoria de responsabilidad administrativa en un instrumento efectivo en la lucha contra la corrupción administrativa para aquellos casos en que sea manifiesta o presumible la intención dolosa por parte del funcionario inculpado, mientras que se utiliza la sanción de multa como un mecanismo de disciplina fiscal.

La distinción que proponemos es posible dentro del marco de la legislación vigente, dada la discrecionalidad de que dispone el órgano

contralor para apreciar las infracciones de los funcionarios públicos que sean susceptibles de generar un auto de responsabilidad administrativa o la imposición de una multa. En efecto, esta última sanción procede imponerla a "quienes en general, contravengan lo dispuesto en esta ley" (art. 93, numeral 9, *eiusdem*), además de los supuestos expresamente previstos en dicha ley. Con respecto al auto de responsabilidad administrativa, hemos insistido antes, que en esta materia también existe una ausencia total de tipicidad en cuanto a las faltas que pueden ser objeto de esta declaratoria.

Por otra parte, en los casos especialmente graves, ambos procedimientos pueden acumularse, pues conforme se establece en el artículo 95, *eiusdem*:

"Las sanciones precedentes no impiden la aplicación de las que correspondan a los funcionarios o empleados por haber incurrido en responsabilidad administrativa".

Por último, cabe señalar que, por tratarse del ejercicio de una potestad discrecional, el Contralor puede, mediante reglamentación interna, autolimitar su discrecionalidad y establecer los supuestos en que procede la aplicación de uno u otro procedimiento. Sin embargo, es más recomendable introducir la distinción mediante una reforma del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, a los fines de darle mayor jerarquía a las normas que consagran la diferenciación que proponemos. Cabe señalarse que, en la actualidad, los criterios para aplicar uno u otro procedimiento no están claros para el órgano contralor y, a consecuencia de ello, unas infracciones determinadas han sido sancionadas en algunos casos con una declaratoria de responsabilidad administrativa y en otros con la imposición de una multa. Todo ello hace más interesante y necesaria la distinción de procedimientos que sugerimos.

B. *La publicidad del auto de responsabilidad administrativa*

Anteriormente habíamos señalado que la declaratoria de responsabilidad administrativa no tenía, en sí misma, más consecuencias que la de constatar el incumplimiento de determinados deberes por parte de un funcionario público y que, desde el punto de vista jurídico, no puede tal declaratoria ser considerada como una sanción contra el funcionario inculpado. Sin embargo, desde el ángulo social sí lo es, y

puede llegar a ser además, una sanción muy grave, a la cual se acumulen otras sanciones.

En efecto, si el auto de responsabilidad administrativa de la Contraloría se dicta no por contravenciones formales sino cuando el funcionario ha incurrido en actos de corrupción administrativa, y además a esta declaratoria se le da la debida publicidad, no hay duda que estamos en presencia de una sanción que por su gravedad casi podría asimilarse a la nota censoria que existió en el derecho romano.

En la actualidad, salvo algunos casos muy contados, la declaratoria de responsabilidad administrativa carece de una efectiva trascendencia. En general, estas decisiones no se publican y la opinión pública conoce de algunos casos únicamente cuando los medios de comunicación social deciden destacar el hecho por razones políticas o de cualquier otra naturaleza.

Desde el punto de vista jurídico, en raras ocasiones el auto de responsabilidad administrativa produce el desencadenamiento de los otros tipos de responsabilidad, como veremos en seguida.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, el Tribunal de la Carrera Administrativa tiene decidido, en sentencias reiteradas y confirmadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que la sanción disciplinaria sólo procede cuando el auto de responsabilidad administrativa ha quedado definitivamente firme. Ello implica que, si el funcionario interpone los recursos administrativos y contencioso-administrativos a que tiene derecho, pasan varios años antes de que la declaratoria del órgano contralor adquiera el carácter de firmeza. En este lapso, o el funcionario ha egresado de la Administración por cualquier otra causa, en cuyo caso no es procedente la sanción de destitución, o ha cambiado de organismo, o los hechos que generaron la declaratoria se han olvidado, ya que no se hace un efectivo seguimiento de las decisiones de la Contraloría en esta materia. Por lo demás, como antes se señaló, no siempre los hechos a que se contrae el auto de la Contraloría son de la entidad suficiente para originar la sanción de destitución, y corresponde al superior jerárquico decidir la sanción a aplicar según la gravedad de la falta. Por último, debemos tener en cuenta que en un país como el nuestro donde no existe una verdadera carrera administrativa y donde se aplican con frecuencia medidas de destitución sin fundamento legal, la destitución de un funcionario público no tiene demasiada trascendencia desde el punto de vista social y, desde el ángulo económico, el funcionario de carrera tiene derecho, en todo caso,

a recibir sus prestaciones sociales, aun cuando haya sido separado de su cargo por estar incurso en actos de corrupción administrativa.

En cuanto al desencadenamiento de la responsabilidad penal, corresponde a la Fiscalía General de la República determinar si los hechos incriminados al funcionario revisten o no carácter penal, a los efectos de intentar las acciones correspondientes ante los tribunales de justicia competentes. En algunos casos, se trata de simples infracciones administrativas que no dan origen a la acción penal, en otros, los delitos que pudieren haberse cometido están prescritos y, en algunos casos, se intenta la acción penal pero no se llega a nada, bien por dificultades en la tipificación o en la prueba de los hechos o por otras razones que no es del caso analizar aquí, pero de las cuales no está ausente la denominada "corrupción judicial".

En lo referente a la responsabilidad civil, nos basta con señalar que no conocemos de ningún caso en que un funcionario público declarado responsable en lo administrativo haya sido condenado a reparar pecuniariamente un daño causado a la Administración.

Ante esta situación, debe tenerse presente que el fenómeno de la corrupción administrativa no debe analizarse sólo desde el ángulo jurídico, sino que tiene implicaciones sociales y axiológicas de carácter fundamental. Mientras la colectividad no rechaza los actos de corrupción administrativa por ser contrarios al perfeccionamiento de los fines del sistema social, al logro del desarrollo económico y a la pervivencia de las instituciones democráticas, es muy poco lo que puede hacerse en este campo por la vía de reformas legislativas.

En tal sentido, ha expresado el Contralor General de la República en su Informe al Congreso correspondiente al año 1978:

"En lo que respecta a la opinión pública, consideramos que la formación de una conciencia colectiva de repudio a la corrupción, es requisito previo para la adopción de medidas eficaces dirigidas a combatir el mal. A ello contribuyen de manera destacada los medios de comunicación social, que en uso de la amplia libertad de expresión existente en el país, recogen informaciones y divulgan opiniones y estudios sobre esta materia. Ahora bien, al reconocer tan valiosa contribución, no podemos silenciar el necesario alerta frente a la pertinaz campaña de descrédito a instituciones y personas caracterizadas por el escándalo, la falsedad y la negación constantes, emanada de determinadas personas y órganos de difusión. Tal campaña no combate la corrupción sino que la especula, corrompe ella misma la opinión pública, y desacredita la verdadera lucha contra el aludido vicio, ya que la presencia de continuas y numerosas denuncias infun-

dadas, tiende a aumentar el sentimiento de frustración ante la imposibilidad de que ellas culminen en decisiones sancionadoras".²⁴

Frente a este peligro, que señala acertadamente el Contralor, proponemos que las decisiones administrativamente firmes por las cuales se declare la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos se publiquen, al menos en un extracto, en la *Gaceta Oficial*. De este modo se lograrían las siguientes ventajas:

- a) Al ser definido el auto de responsabilidad administrativa no sólo como la constatación de una contravención formal sino como el señalamiento de una conducta reprensible desde el punto de vista ético, la declaratoria de responsabilidad administrativa dada a la publicidad se transforma en una sanción en sí misma.
 - b) El auto sujeto a la publicación debe estar firme desde el punto de vista administrativo, es decir, que el funcionario investigado debe tener la oportunidad de interponer el recurso jerárquico, con lo cual se garantiza una revisión suficiente de las actuaciones. Ello, unido a la oportunidad que tiene el funcionario de responder a los cargos que se le formulen en la sustanciación de la investigación, asegura el respeto al derecho a la defensa consagrado en la Constitución.
 - c) La publicación oficial de un resumen de los hechos que han sido comprobados en la investigación y el señalamiento de las normas infringidas por el funcionario, tiende a evitar las especulaciones y campañas de descrédito contra funcionarios que no han sido objeto de señalamientos oficiales.
 - d) La publicación oficial de los autos de responsabilidad en todos los casos, evita la situación de desigualdad que se presenta en la actualidad debido a que algunos casos son dados a conocer a la opinión pública mientras que otros permanecen ignorados por ésta, según sean los intereses, no siempre plausibles, que se mueven en torno a la investigación.
3. *Aproximación del Contralor General de la República a la figura del Ombudsman*

A. *El Ombudsman en la Administración Comparada*

La institución del Ombudsman como órgano especializado de control de la Administración y de protección a los ciudadanos, es una

24. Publicado en el diario *El Universal*, del 22-4-79, pp. 2-18 y 2-19.

contribución de los países escandinavos a la Administración Comparada. El cargo de Ombudsman fue creado por primera vez en la Constitución sueca de 1809, como un mandatario del Parlamento, dotado de una gran autonomía, a quien corresponde vigilar el respeto a las leyes y reglamentos por los tribunales y los agentes públicos y perseguir, por la vía legal, "a aquellos que, en el ejercicio de sus funciones, hubieran cometido alguna ilegalidad por favor, parcialidad o cualquier otro motivo, o no hubieran cumplido de manera satisfactoria los deberes de sus cargos" (art. 96, Constitución de Suecia).²⁵

La figura del Ombudsman fue establecida luego en los países vecinos de Suecia, así: en Finlandia, desde que este país adquirió su independencia de Rusia, mediante un Acta Constitucional de 1919; en Dinamarca, por una disposición constitucional de 1953, y una ley de 1954; en Noruega se crearon dos Ombudsman: uno para la defensa en 1952 y otro Ombudsman civil para la Administración en 1962.

En los países anglosajones la figura del Ombudsman ha sido especialmente bien recibida, por el hecho de que esta institución, que se caracteriza por unos métodos de control poco formales, encaja perfectamente, con sus tradiciones administrativas y llena el vacío de la falta de un sistema de control jurisdiccional de carácter general.²⁶ En tal virtud, se ha creado en Nueva Zelandia, en 1962, una institución de control que ha conservado el nombre escandinavo de "Ombudsman".²⁷ En Gran Bretaña se instituyó desde 1967, un "Comisario Parlamentario para la Administración". En otros países se ha acudido a figuras de control con atribuciones semejantes al Ombudsman, tales como en Quebec, donde se designó en 1968 un "Protector del ciudadano", al igual que en tres estados más del Canadá; en la República Federal Alemana, donde se creó en 1952 un "Delegado de la Asamblea Federal para la Defensa"; en Francia, la cual instituyó un "Mediador" por una ley del 3 de enero de 1973. La popularidad del Ombudsman como institución de control ha despertado interés en muchos países y se han dado pasos para establecer figuras similares en algunos Estados de la Unión norteamericana; en Irlanda, la India, Japón, Nepal, Holanda, Israel, en el Estado Asociado de Puerto Rico y en muchos otros.²⁸

25. *Vid.*: "The Swedich Institution of the Justitieombudsman", en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*. Vol. XXVIII, 1961, N° 3, p. 243.

26. *Vid.* Guy Braibant y otros, *op. cit.*, Primera Parte, Capítulo III y Segunda Parte, Cap. II, Sección II.

27. "La Institución del Ombudsman en Nueva Zelandia", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*. Verano, 1963, Vol. IV, N° 2, p. 349.

28. V. Gerald E. Caiden y Nimroad Raphaeli: "The Ombudsman debate", in *Israeli Politics; Parliamentari Affairs*. Vol. XXI, N° 3, 1968.

A este respecto han señalado los autores Guy Braibant, Nicole Questiaux y Céline Wiener que: "Esta pasión ha tomado, a veces, el aire de una moda, y un jurista sueco ha podido hablar de una «ombudsmanía». Ello se explica por la simplicidad del sistema, por el carácter personal e informal de las relaciones que el mismo permite establecer con los ciudadanos, por su éxito en su país de origen. Pero a medida que el sistema se ha alejado de éste, pierde su pureza y sufre una cierta degradación, al punto que debe considerarse un verdadero abuso del lenguaje el que sean calificados como Ombudsman órganos que no tienen ni el estatuto ni la estatura del modelo sueco".²⁹

B. *La búsqueda de un Ombudsman venezolano*

En nuestro país, algunos autores han creído ver, en algunas de nuestras instituciones un reflejo de la figura del Ombudsman. Así, para Luis Britto García, "El Decreto N° 95, de fecha 16 de julio de 1969, mediante el cual el Presidente de la República, actuando en Consejo de Ministros designa un Comisionado para la vigilancia de la Administración Pública, implica la adopción en nuestro país de una institución existente en diversos sistemas, que es la del Ombudsman o Comisario para la vigilancia de la Administración".³⁰ En el mismo sentido, Guillermo Quintero estudia las características del Comisionado del Presidente de la República para Denuncias, Quejas y Reclamos, al cual califica de "Ombudsman" presidencial, designado "por la necesidad de crear una institución que controle la buena marcha de la Administración en general, sin basarse específicamente, en un control legal determinado".³¹

La designación de este Comisionado Presidencial fue saludada en nuestro país por venezolanos tan insignes como Juan Pablo Pérez Alfonso,³² pero esta experiencia no tuvo continuidad después del cambio de gobierno operado en 1974.

29. *Vid.* Guy Braibant y otros, *op. cit.*, p. 297.

30. Britto García, Luis: "El comisionado para la vigilancia de la Administración Pública en el Derecho Comparado y el sistema venezolano", en *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, N° 54, septiembre de 1969.

31. *Vid.* Quintero, Guillermo: "La Experiencia Venezolana del Ombudsman Presidencial", en las *Ciencias Administrativas en Venezuela*. Tirada aparte de la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, con motivo de la Mesa Redonda celebrada en Caracas, del 11 al 15 de septiembre de 1972.

32. Luis Britto G (*op. cit.*, p. 35) reprodujo extractos de la carta dirigida por el doctor Juan P. Pérez Alfonso al Presidente de la República en fecha 2-8-69, publicada en el diario *El Nacional*, en los siguientes términos: "La creación por el Ejecutivo Nacional de una oficina independiente que reciba quejas, denuncias y reclamos, relacionados al funcionamiento de los servicios públicos, es una medida de mucha significación para la buena marcha de la administración del Estado. Desde hace mucho

En un orden de ideas diferente, se han señalado similitudes entre la figura del Ombudsman escandinavo y el Ministerio Público venezolano. Así lo han hecho notar el profesor Humberto La Roche, en 1967,³³ y más recientemente el juez José Francisco Cumare Nava.³⁴ Asimismo, consta en las actas de la Comisión Bicameral Redactora del Proyecto de Constitución de 1961, que en la presentación de la ponencia sobre el Ministerio Público elaborada por los doctores Antonio Moles Caubet, Manuel García Pelayo y Tomás Polanco, en febrero de 1960, se tuvo presente la experiencia de los países escandinavos al comentarse las atribuciones a ser asignadas al Fiscal General de la República, como órgano separado del Procurador General de la República.³⁵ Esta transformación de nuestro Ministerio Público conforme a la Constitución de 1961, ha sido expresada por un constitucionalista patrio así: "No es pues, ahora, el Ministerio Público el agente del Ejecutivo ante el Poder Judicial, como decía la Constitución de 1936, sino un organismo autónomo de orden constitucional creado por el constituyente para velar, en términos generales, por la observancia de la Constitución y

tiempo presentía la necesidad de algo semejante. Sin embargo, fue únicamente a comienzos de 1967 cuando vine a concretar mis ideas sobre la materia y a formular propuestas en este sentido en los altos niveles del gobierno. Sucedió que en enero de 1967, leí un magnífico artículo en que se trataba el asunto, publicado por el profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Wisconsin, H. L. Nieburg, en *The Nation*, de 26-12-66. Nieburg informaba que el Ombudsman es una institución establecida por los suecos desde su Constitución de 1809. El sentido de la palabra es el de «un hombre que representa a la gente pequeña». Agregaba que Inglaterra había adoptado el sistema en 1966, «como un medio de dar a la gente otra vía de representación en el creciente número de industrias operadas por el gobierno». En Michigan también decía que, recientemente, se había nombrado una especie de Ombudsman en forma experimental, y que en junio de 1965, el Condado de Nassau en New York, nombró a un juez retirado como el Comisario de Cuentas con deberes de Ombudsman. Agregaba que «el Ombudsman ofrece al público un servidor que no depende de sus votos para una próxima reelección y que presume no contemplará los grupos de interés para un premio eventual». Por las razones anteriores, puede comprenderse cómo he apreciado el decreto que dictó el Ejecutivo, el 16 de julio, que en verdad constituye magnífico comienzo para la institución de un Ombudsman venezolano.

33. La Roche, Humberto: "El Ombudsman en los países nórdicos y el caso de Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad del Zulia, N° 19, enero-abril, 1967, Maracaibo, pp. 9-50.
34. Cumare Nava, Francisco: "El Ombudsman venezolano", en *Revista del Consejo de la Judicatura*, N° 12, enero/marzo de 1979, Caracas.
35. Guillermo Quintero: Destaca en la exposición del doctor Antonio Moles Caubet sobre la ponencia mencionada conforme a la versión taquigráfica de la reunión del 11-2-60, Carpeta número 120, p. 5, Archivo del Congreso de la República, las siguientes frases: "Nos ha parecido digna de ser considerada la transformación que el Ministerio Público ha tenido en algunos países europeos a partir del año 1809, entre ellos Suecia, que tiene una tradición democrática indiscutible. En 1809, se estableció una magistratura elegida por el Parlamento; es decir, el Parlamento encarga que de la legalidad sea vigilante un funcionario... Esa institución sueca ha tenido un éxito extraordinario... en 1919 la adoptó Finlandia, en Dinamarca se implantó...". (*Op. cit.*, p. 313).

de las leyes, bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República con el auxilio de los funcionarios que determine la ley".³⁶

La relación de nuestro Ministerio Público con el Ombudsman escandinavo se expresa en la exposición de motivos de la Constitución de 1961, cuando en referencia a aquél, se hace mención a: "la experiencia de países de indiscutible tradición democrática como son Suecia, Finlandia y Dinamarca...".³⁷

En la Administración Comparada se han señalado semejanzas y diferencias entre el Ombudsman de origen escandinavo y la Prokuratura de los países socialistas, siendo este último más próximo a nuestro Ministerio Público. En tal sentido, se ha señalado:

"Puede aparecer sorprendente al aproximar dos instituciones que se han desarrollado en países profundamente diferentes por el régimen político y social, el sistema jurídico y sus dimensiones territoriales y demográficas. El hecho es que ellas pertenecen, en la tipología de los controles, a la misma categoría de autoridades exteriores a la Administración, que no son ni jurisdiccionales ni políticas; se trata en otros términos de controles correctivos externos de carácter técnico y no jurisdiccional".³⁸

Como diferencia entre ambas instituciones se ha señalado que:

"El control de la Administración no es la única ni tal vez la principal tarea del Ministerio Público; éste debe también intervenir en el funcionamiento de la justicia civil y penal y en la represión de las infracciones cometidas por los ciudadanos".³⁹

Por su parte, el Ombudsman "tiene generalmente una vocación más amplia: él debe vigilar el buen funcionamiento de la Administración, lo cual comprende, además del respeto a la ley, elementos tales como el mérito y la rapidez de las decisiones, o la calidad de la acogida reservada a los administrados".⁴⁰

En lo que concierne a Venezuela, si bien se asignan a la Fiscalía General de la República algunas atribuciones que se inspiran en la figura del Ombudsman, tales como "velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales",⁴¹ coincidimos con Guillermo Quintero en que: "... a la inversa, si la institución sueca se orienta hacia el control de la Administración en general y hacia la defensa del ciudada-

36. Oropeza, Ambrosio: *La Nueva Constitución de 1961*. Caracas, 1971, p. 499.

37. Quintero, Guillermo: *op. cit.*, p. 313, Nota 7.

38. Guy Braibant, y otros: *op. cit.*, p. 296.

39. *Ibidem*, p. 299.

40. *Ibidem*, p. 300.

41. *Constitución*, Art. 220, Ord. 1º.

no, nuestro Ministerio Público, a pesar de la influencia renovadora que quiso recibir, se ha quedado especialmente en el control de la Administración de justicia y en "velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión".⁴² En efecto, la función de control de nuestro Ministerio Público sobre la Administración no ha podido desarrollarse, precisamente porque existe en nuestro país un órgano especialmente destinado a ese fin como es la Contraloría General de la República.

C. *La Contraloría y el Ombudsman*

En forma previa, queremos dejar sentado que, en nuestro criterio, las instituciones que surgen dentro de una sociedad determinada y que obedecen a realidades y condicionamientos específicos de ese sistema, no pueden trasplantarse a otra colectividad social sin que sufran transformaciones que las hagan totalmente diferentes al modelo original, tal como sobradamente lo ha demostrado la sociología contemporánea. Por lo tanto, no creemos que pueda adoptarse, en nuestro país, una figura como la del Ombudsman, con las características que tiene esta institución en los países escandinavos y particularmente en Suecia. Del mismo modo, el hecho de que puedan extraerse de algunas de nuestras instituciones rasgos que de cierta manera se asemejen a las de otros países, no puede ello autorizar a sostener que existe equivalencia entre las mismas.

Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para reconocer que las experiencias de otros países pueden en alguna medida sernos útiles, y deben ser tenidas en cuenta cuando se trata de acometer una tarea tan compleja como es la de enfrentar el creciente deterioro de los niveles éticos en el manejo de la cosa pública.

Este fenómeno no puede atribuirse a la ausencia de mecanismos de control sobre la Administración. En nuestro país la cantidad de controles formalmente establecidos es tan grande, que se ha llegado a afirmar que si los mismos se aplicaran en la forma como están previstos, se paralizaría la Administración. Sin embargo, se trata en general de controles formales, que se orientan, principalmente, a vigilar el cumplimiento de determinados ritos, sin llegar al fondo de los problemas. Por esta razón, no es de extrañar que la figura del Ombudsman escandinavo despierte tanto entusiasmo entre los auspiciadores de una Administración más honesta y eficaz.

42. Quintero, Guillermo: *op. cit.*, p. 313.

En nuestro país, la Contraloría General de la República se presenta como un órgano dotado de una autonomía y de unos poderes de control tan extensos que en alguna manera sobrepasan las facultades atribuidas al Ombudsman, aun cuando nuestro órgano contralor no tiene competencia para vigilar el mérito y la rapidez de las decisiones, la calidad de la atención al público o el funcionamiento de los tribunales de justicia.

La Contraloría, a semejanza del Ombudsman, es una institución de control externo a la Administración, cuyo titular es designado por el Parlamento y goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones. En ambos casos no se trata de órganos jurisdiccionales ni políticos sino de autoridades especialmente investidas de una función de control.

El Ombudsman, que en su origen era un elemento de equilibrio entre los poderes públicos, encargado de auxiliar al Parlamento en su misión de controlar al Poder Ejecutivo, ha evolucionado hasta convertirse en un mecanismo de protección de los ciudadanos y de control de la Administración. Nuestra Contraloría, que surge de la segregación de un órgano de la Administración, como era la Contaduría General de Hacienda, y que asume desde su origen algunas funciones que antes pertenecían al Tribunal de Cuentas, se ha venido enriqueciendo con potestades normativas, investigativas y sancionatorias hasta convertirse hoy en un poderoso instrumento de control, cuyas facultades exceden a los de la mayoría de los órganos de control que conocemos en la Administración Comparada.

En su evolución, nuestra Contraloría ha tendido hacia el control de los procedimientos, lo cual la ha hecho cada vez más interesada en las formas que en los contenidos. Para frenar esta tendencia, el legislador ha asignado a la Contraloría, en relación a las empresas públicas, la facultad de "ejercer funciones de control de gestión, a fin de verificar si la actividad de las referidas empresas se adecúa a las decisiones adoptadas y a los planes y objetivos que le hubieren sido señalados" (art. 64 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

La Contraloría ejerce el control previo y posterior sobre la Administración Central y examina todas las cuentas de los institutos autónomos, facultades éstas que no tiene el Ombudsman. Por otra parte, la Contraloría dispone de poderes sancionatorios propios, de los cuales carece aquél. En efecto, cuando el Ombudsman constata una falta luego de la investigación correspondiente, no posee poderes propios para remediar la situación.

“El Ombudsman no puede actuar sino indirectamente, sea denunciando al culpable ante los tribunales, sea dirigiéndole recomendaciones, sea aun —o paralelamente— alertando al Parlamento, y por su intermedio, a la opinión pública”.⁴³

El Ombudsman presenta un informe anual al Parlamento, el cual es discutido primero en el Comité de Legislación y luego en el Parlamento en pleno. Dicho informe es publicado y la prensa se encarga de darle difusión.

“Las críticas emitidas por el Ombudsman son así develadas a la opinión pública, y el temor de ver sus nombres mencionados en lo que es exactamente el inverso de un cuadro de honor, tiene sobre los funcionarios públicos un efecto disuasivo incuestionable”.⁴⁴

Hemos señalado antes que uno de los medios de acción del Ombudsman es el de dirigir recomendaciones cuando los hechos sometidos a su consideración pueden ser remediados por esta vía. También nuestra Contraloría tiene asignadas facultades en tal sentido, conforme se dispone en la ley que la rige, según la cual:

“La Contraloría, con vista de los resultados de su labor fiscalizadora, podrá efectuar estudios organizativos, estadísticos, económicos y financieros, así como análisis e investigaciones de cualquier naturaleza, para determinar el costo de los servicios públicos, los resultados de la acción administrativa y, en general, la eficacia con que operan las entidades sujetas a su vigilancia, fiscalización y control. Las conclusiones de dichos estudios deberán ser comunicadas a los organismos a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar tales conclusiones” (art. 5º, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

En cuanto a los medios de acción represivos, la Contraloría puede, según la gravedad y naturaleza de la falta, al igual que el Ombudsman, solicitar la intervención del Ministerio Público para hacer efectiva la responsabilidad civil y penal del funcionario en cuestión. Asimismo, y a diferencia del magistrado escandinavo, la Contraloría tiene la posibilidad de imponer directamente la sanción de multa, que debe ser cancelada, personalmente, por el funcionario objeto de la sanción o puede formular un *reparo* a las cuentas de los funcionarios. El Ombudsman no tiene esta última facultad, porque no le corresponde examinar las cuentas de los funcionarios públicos sino con ocasión de una investigación.

43. Guy Braibant, y otros: *op. cit.*

44. *Ibidem*, p. 92.

En cuanto a las averiguaciones administrativas, tanto el Ombudsman, como la Contraloría, pueden actuar de oficio o por denuncia de particulares, o a solicitud de cualquier organismo o empleado público. El resultado de estas averiguaciones se hace público en el caso del Ombudsman, lo cual no ocurre entre nosotros, donde la publicidad tiene carácter excepcional. Sin embargo, como no existe prohibición al respecto, nada impide que los autos de responsabilidad administrativa, por tratarse de documentos públicos, sean enviados a la *Gaceta Oficial*.

Finalmente, tanto el Ombudsman como el Contralor rinden cuenta de sus actuaciones al Parlamento, a través del Informe Anual que les corresponde presentar ante éste.

De la comparación entre las funciones del Ombudsman y las competencias de la Contraloría resulta un aspecto diferenciador que conviene destacar. Es el carácter personal que ha conservado el magistrado sueco en su condición de protector de los ciudadanos, y que nuestro órgano contralor no posee. A este respecto se ha señalado:

“El Ombudsman aparece, en efecto, no como una burocracia suplementaria, anónima, lejana y fría, sino como una persona a la cual el ciudadano puede escribir, y que está en condiciones de recibirlo, de escuchar sus dolencias y de verificar lo bien fundado de ellas. En ello se diferencia de las oficinas de las jurisdicciones encargadas de examinar las denuncias según un procedimiento que es generalmente escrito, secreto y formalista. Al mismo tiempo que un órgano de control, es un medio de armonizar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos”.⁴⁵

Este carácter personal difícilmente puede asumirlo la Contraloría, dado que ésta tiene atribuidas competencias muy extensas y diversas, las cuales se vinculan principalmente con la vigilancia de la correcta ejecución del presupuesto y no directamente con la protección de los ciudadanos. En cambio, en este sentido, la institución del Comisionado Presidencial para Denuncias, Quejas y Reclamos, que existió entre nosotros en el intervalo de 1969 a 1974, sí recogía el espíritu de esa relación directa entre el ciudadano y la Administración, lo que permitió a algunos autores hablar de un “Ombudsman venezolano”.

El otro aspecto que vale destacar en la institución del magistrado escandinavo es su autoridad moral. Para la designación del Ombudsman en Suecia, que normalmente se hace por la unanimidad de los partidos representados en el Parlamento, la Constitución sólo exige que se trate de un “sueco reputado por su conocimiento de las leyes

45. *Ibidem*, p. 298.

y su perfecta integridad". En los países escandinavos, la fuerza del Ombudsman no proviene tanto de sus poderes jurídicos como de la autoridad que se reconoce a las opiniones, recomendaciones y denuncias de estos magistrados.

Precisamente, queríamos concluir este análisis señalando que esta cualidad del Ombudsman debe ser estudiada con mucho interés entre nosotros para tratar que a nuestro órgano contralor se le reconozca, en la mayor medida posible, la autoridad moral indispensable para enfrentar la corrupción administrativa. Es obvio que una cualidad de esta naturaleza no se adquiere por decreto o por reformas legales, sino que es producto de circunstancias sociales que perduran en el tiempo y que en los países escandinavos se vinculan con las tradiciones nacionales.

En este orden de ideas se orientan las sugerencias que hemos formulado en cuanto a la utilización de la declaratoria de responsabilidad administrativa que pronuncia nuestro órgano contralor como un instrumento de moralidad administrativa y no como un mecanismo ordinario de disciplina fiscal. A estos fines, los autos de responsabilidad administrativa deben estar libres de toda sospecha de banalidad, de parcialidad o de ligereza, y su repercusión en el conglomerado social debe ser el producto de la autoridad moral que se reconoce al órgano del cual emana.