

**La paradójica declaratoria de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Críticas y reparos frente al procedimiento de determinación de responsabilidad y sus inexplicables consecuencias sancionatorias.**

**Prof. Carlos Luis Carrillo Artiles**  
**Profesor Post Grado Derecho Administrativo UCV y UCAB.**  
**Miembro por concurso oposición Instituto de Derecho Público UCV**

### **Introito**

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, trae en su seno la controversial redacción del precepto 105, contentivo de la potestad sancionatoria de dicho órgano de control fiscal en concordancia con el artículo 93 eiusdem, para declarar la responsabilidad administrativa como resultado de un procedimiento constitutivo para la determinación de algunos de los supuestos de hecho previstos en los artículos 91 y 92 de la mencionada ley.

Lo paradójico de ese precepto es la acumulación de facultades sancionatorias en cabeza del Contralor General de la República como titular del órgano de control fiscal, como secuela única y exclusiva de dicha declaratoria de responsabilidad administrativa<sup>1</sup>, apalancando la posibilidad de sumar diversas medidas sin que medie un procedimiento particular para cada una de ellas, las cuales van desde la propia declaratoria de responsabilidad administrativa, una multa pecuniaria coercitiva sobre la patrimonialidad del responsable, una declaratoria de suspensión temporal hasta por 24 meses en el ejercicio del cargo, la increíble probabilidad de declarar la destitución en el cargo desempeñado, y, por si fuera poco, ulteriormente declarar una

---

<sup>1</sup> En la práctica el Contralor General de la República delega la instrucción, sustanciación del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa y la producción de la decisión definitiva en el director sectorial de la dirección de determinación de responsabilidades de la dirección general de procedimientos especiales de la Contraloría General de la República, conservando la competencia a los efectos del control jerárquico.

medida interdictoria que inhabilite al declarado responsable para el ejercicio de futuras funciones en cargos públicos hasta por quince (15) años a partir de la ejecutoriedad de la resolución que imponga esa lesiva sanción.

Sobre esta concentración de posibilidades sancionatorias se ha generado una acrisolada discusión doctrinal<sup>2</sup> y jurisprudencial, con intermitentes y casi contradictorios pronunciamientos judiciales de la Sala Político del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de múltiples solicitudes en procesos jurisdiccionales de nulidad de variados actos de inhabilitación dictados en base al referido 105 eiusdem, en los cuales paradójicamente se acordaron y se negaron medidas cautelares constitucionales, hasta que finalmente en fecha 06 de agosto de 2008, la Sala Constitucional dimanó su parecer sobre la constitucionalidad o exequibilidad del contenido de tan singular norma sancionatoria, bajo ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en el caso contenido en el expediente 06-0494, con el voto salvado del magistrado Pedro Rondón Haaz.

#### **Antecedentes normativos del actual 105 LOCGRSCF**

Efectuando una revisión de nuestro devenir normativo nos encontramos que existen algunos antecedentes previos al actual artículo 105 en antiguas leyes que regían el

---

**<sup>2</sup> Relacionado a este punto, quien suscribe, impartió algunas conferencias en donde fijamos las posiciones que documentamos en el presente opúsculo, entre las cuales resaltan: “Conferencia sobre legitimación y tipos de procedimientos administrativos en materia contralora”. Contraloría General del Estado Carabobo. Valencia. agosto 2004; “Responsabilidad individual de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública”. Jornadas de la Contraloría Municipal del municipio Irribarren Barquisimeto estado Lara. diciembre 2005; “La inhabilitación en el ejercicio de la función pública y otras sanciones derivadas de la implementación del artículo 105 de la ley orgánica de la Contraloría General de la República”. Jornadas de la Contraloría Municipal del municipio Irribarren Barquisimeto estado Lara. diciembre 2006; y, “Régimen de responsabilidad individual de los funcionarios públicos especial mención del artículo 105 LOCGRSNCF.” 1er Simposio Nacional de Contralores Municipales. octubre 2007.**

desempeño de ese órgano contralor, teniendo como establecimiento más remoto la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.712 Extraordinario, de fecha lunes 6 de enero de ese año, cuerpo normativo que en su artículo 84 preveía que la declaratoria de responsabilidad administrativa que consecuentemente daba paso a una sanción de destitución, podría conducir a una inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que se fijaría en atención a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

Ese instrumento legal fue sustituido por una ley de reforma parcial que fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de 1984, en la cual se agregó la posibilidad que la inhabilitación podría ser aplicada aún cuando el responsable se hubiese separado de la función pública, en cuyo caso, el funcionario competente para imponerla sería el máximo jerarca del organismo en el cual ocurrieron los hechos.

Ulteriormente se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de ese año; cuyos artículos 121 y 122 erigían la probabilidad que una averiguación administrativa eventualmente podría terminar, según el caso, con una declaratoria de absolución, de sobreseimiento o de responsabilidad administrativa, y en este último caso, se le acumularía una sanción patrimonial de multa entre doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbanos; con la particularidad que el precepto 122 obligaba a que la Contraloría General remitiera - una vez que la decisión de responsabilidad quedase firme en vía administrativa- el acto declarativo de responsabilidad con sus soportes respectivos al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual estuviese prestando servicios el funcionario, para que la máxima autoridad jerárquica, en el término de treinta (30) días continuos, le impusiera, sin otro procedimiento, la sanción de destitución, aún cuando esa medida fuese producto de una responsabilidad distinta, como visiblemente sería la disciplinaria establecida para aquél entonces por la Ley de Carrera Administrativa.

Por otra parte, el mencionado artículo bifurcó la competencia para que el Contralor General o la máxima autoridad del respectivo organismo, impusiese además la medida de inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor a tres años, salvo que se tratase de un sujeto que se encontrase separado previamente de la función pública, al cual se le podría imponer la sanción de inhabilitación hasta por un período igual de tres años.

## **El procedimiento para la implementación de lo dispuesto en el 105**

El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, presupone la existencia autónoma de una averiguación inicial como resultado de las potestades de investigación de los órganos de control fiscal - aludidas en el artículo 77 eiusdem- la cual puede eventualmente sufrir una *mutación posterior* a través de un mal llamado “auto” de apertura<sup>3</sup> que de inicio al procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa.

En ejercicio de esas potestades de investigación, los órganos de control fiscal deben formar un único expediente bajo la égida del *principio de unidad de soporte procedimental*, en donde se deje constancia de toda la universalidad de recaudos recabados y actuaciones realizadas en esa fase de investigación preliminar, que concluiría con un acto colorario encarnado por un informe de resultados de acuerdo a lo previsto en el artículo 81 *idem*.

Este informe de resultados puede acarrear dos supuestos fácticos, ya que: 1.- pudiera generar el archivo de lo actuado en atención a que lo sometido a investigación no generó algún elemento irregular que fuese ni típico ni antijurídico, por ende resultaría inoficioso y contrario a los principios de racionalidad y eficacia administrativa seguir con esa adjetividad perdida y sin norte lógico; o por el contrario, 2.- ante la existencia de elementos ciertos que generen dudas razonables, se impondría ordenar el inicio del *trámite consecuencial* que curiosamente la mencionada ley identifica como “*inicio del procedimiento para la determinación de responsabilidades* previsto en el Capítulo IV” - artículos 95 al 111-.

---

<sup>3</sup> Paradójicamente la ley aduce erróneamente en su artículo 81 a un “auto”, en vez del término o voz correcta de “acto” de trámite, como pronunciamiento instrumental que iniciaría el procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado. Esto se debe al fenómeno de traslación indebida de la cultura y uso de vocablos y voces del ámbito procesal al espectro procedimental. La administración actúa mediante actos expresos que pueden ser instrumentales, puentes, eslabón, definitivos, que causen estado y definitivamente firmes, pero no mediante “autos”, los cuales son pronunciamientos típicos de los órganos judiciales en ejercicio usual de la función jurisdiccional. Por otra parte, es importante resaltar el mal uso del idioma castellano en la cual se aduce a la palabra “apertura”, identificándola erradamente con un inexistente verbo sinónimo del verdadero “iniciar”.

En este último caso, esa instrucción podría desembocar en una declaratoria de responsabilidad administrativa al comprobarse la incursión en algunas de las conductas previstas en los veintinueve (29) supuestos generadores de responsabilidad del artículo 91 o los contenidos en el artículo 92 ibidem, y consecuentemente a una formulación de reparo, una imposición de multa coercitiva y/o a las medidas sancionatorias satelitales contempladas en el artículo 105; o eventualmente una declaratoria de sobreseimiento, en el caso que no se llegase a demostrar la materialización de alguna de las causales enunciadas.

### **Algunas observaciones y reparos al procedimiento constitutivo de determinación de responsabilidad administrativa. Mitos y deformaciones.**

Sobre lo dicho se impone efectuar algunas observaciones, especialmente sobre la particular situación referida por la ley en torno al momento en que se inicia el procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades. La Ley escinde una pretendida fase de investigación derivada de la potestad de investigación prevista en el artículo 77 que abarcan un espectro de posibilidades que van desde la realización de laxas actividades de verificación de la exactitud y veracidad de su información financiera, administrativa y de gestión, no solo de operaciones sino de conductas públicas activas o pasivas que vinculen afecten o comprometan al erario público, mediante la vigilancia, inspección y fiscalización ejercida a través de mecanismos como auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis e investigaciones de todo tipo para verificar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, evaluación de resultados y metas.

Como es obvio de estas elásticas posibilidades de control fiscal, pueden derivar multiplicidad de situaciones prácticas, sin embargo por mandato expreso de la ley de acuerdo al artículo 79 se le imprime un carácter reservado, hasta el momento preciso donde por alguna circunstancia en el curso de esa investigación, “el órgano de control fiscal imputare a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad ... (omissis) ... En estos casos, el imputado tendrá inmediatamente acceso al expediente y podrá promover todos los medios probatorios necesarios para su defensa, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico”.

Lo singular de la redacción citada es la palabra “*imputare*”, cuando en realidad de acuerdo a las previsiones constitucionales, en atención a la garantía del derecho a la defensa, debería decir o entenderse que bastaría el simple hecho que aparezcan indicios que comprometan la responsabilidad o vinculasen a un probable o posible involucrado, para que en pleno apego a la norma fundamental, se genere la obligación indisponible de cualquier órgano instructor de notificar la existencia de un

procedimiento administrativo en curso que este recabando elementos subjetivos referidos a un sujeto particular, ya que de acuerdo al texto constitucional, éste tendría derecho inalienable a conocer desde el mismo instante del inicio del trámite procedimental cualquier averiguación que pudiese involucrarlo, garantizándole así su participación en todo estado y grado de ese procedimiento y obviamente del control probatorio en toda su extensión, muy particularmente al momento primario de la captación original.

Sin embargo por la singular redacción del artículo aludido, en la praxis se ha entendido que la Administración Contralora tiene infinitos poderes de investigación, - aún a espaldas del probable involucrado, y sin el conocimiento de éste de la existencia y recabamiento de elementos de prueba personalizados en su contra, en franca contradicción a la garantía constitucional de defensa en el control en la obtención y fijación de pruebas subjetivas- sin cortapisas para realizar cualquier práctica indagatoria amparada en esa fase difusa previa a la existencia del procedimiento administrativo de determinación de responsabilidades, etapa que pudiese ser ilimitada temporalmente y no sometida en manera alguna a contexto o contenido. Esto se basa en la errada creencia que el procedimiento administrativo solo nace a partir de la imputación formal de irregularidades detectadas producto del informe de resultados de acuerdo al artículo 81, y, que cualquier situación ilimitada anterior, no estaría sometida a restricción alguna pues aún no estaríamos en presencia de la existencia de algún procedimiento, aunque contradictoriamente los elementos generados y recogidos en esa fase son tomados como ciertos en el curso del procedimiento posterior, aún cuando nunca fueron producidos ni controlados en éste último.

Ante esta previsión normativa cabría preguntarse si ciertamente hasta ese momento no existió procedimiento administrativo ya que éste solo existe sino solo luego de la imputación conforme al 79, con lo cual se excluye a esa fase previa investigativa derivada de potestades de investigación, ¿como se traerían y asumirían como ciertos los argumentos que constituirían elementos de convicción y pruebas recabadas en aquél momento?, ¿Cuál sería el control probatorio de las captaciones de pruebas recogidas a espaldas de un sujeto, que desde tiempo precedente se presentaba como probable involucrado? ¿Cuál sería la legitimidad de esas actuaciones?, ¿Cómo se entendería y cuál sería el alcance del principio vinculante de la actuación administrativa de unidad procedimental frente a la escisión propuesta?

Pareciera que por una serie de razones constitucionales y legales, se impondría una revisión o reorbitación de la superficial lectura de los preceptos en cuestión, pues aún cuando incontrovertiblemente la ley entrega potestades administrativas de control y sancionatorias al órgano de control fiscal, éstas nunca podrían ser ejercidas

prescindiendo de las formas esenciales y principios vinculantes de la actividad administrativa consagrados en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

A nuestra manera de ver, el problema central orbita sobre lo que se ha asumido en un automatismo conceptual, como el inicio del procedimiento, entendiéndolo solo a partir del paradójico “*auto*” de proceder en virtud del informe de resultados producto de la fase de investigación, asumiendo que la actividad desarrollada y las pruebas colectadas en esa fase son existentes, válidas y vinculantes, aún cuando propiamente esa fase no es parte de aquél procedimiento.

Además como ya adelantamos, se denota palmariamente la particularidad que en ese período, al involucrado nunca se le permitió efectuar control procedimental de las pruebas y alegatos manejados en esa etapa previa e inconexa al procedimiento.

Con toda seguridad surgirá quien aduzca superficialmente que esos elementos recabados de manera tan “*sui generis*”, pudiesen ser objeto de contradicción en el curso del procedimiento hipotéticamente nacido luego del informe de resultados, pero resulta innegable e incontrovertible en la realidad efectiva, que muchos de esas elementos captados, por su forma y naturaleza, muy difícilmente pudiesen ser controlados a posteriori, lo cual visiblemente pudiese generar visos de inconstitucionalidad por indefensión del presunto involucrado, si efectivamente versan y se registraron investigaciones de naturaleza subjetiva con recabamiento de elementos probatorios a espaldas de éste.

Por otra parte, con la indulgencia del lector, consideramos que no podemos hacer una pequeña digresión, para hacer un inciso referido a un supuesto causal que pudiese conllevar a la tramitación y eventual declaratoria de responsabilidad administrativa y al cúmulo de sanciones accesorias o satelitales objeto de este opúsculo. Muy particularmente, lo especialmente contemplado en el numeral 29 del aludido artículo 91, que de acuerdo a nuestro juicio,<sup>4</sup> erige una inconstitucional cláusula abierta o norma sancionatoria en blanco, que quebranta la exigencia fundamental de garantía de reserva legal en materia sancionatoria al prever que constituiría un supuesto generador de responsabilidad administrativa, la remisión elástica a “cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno”, con lo cual se deja abierta la posibilidad para que los

---

<sup>4</sup> En sentido opuesto, la Sala Constitucional dimanó su criterio al respecto declarando la constitucionalidad de dicho numeral como explicaremos en el progreso de este trabajo.

titulares de control fiscal a través de instrumentos sub legales, reglamentos, resoluciones y ordenes administrativas sobre control interno, pudiesen establecer contenidos de tipos sancionatorios que son indefinidos y no conocidos en la redacción propia del numeral 29.

“Por consiguiente además de las veintinueve causales de responsabilidad administrativa contempladas en el artículo 91 de la citada Ley, habrán tantas y variadas como las que puedan desprenderse de las disposiciones contenidas en la normativa interna ... de cada uno de los miles de órganos y entes que conforman a la Administración Pública venezolana. Por supuesto que una tesis hermenéutica de este tenor recogida en la sentencia, lesiona seriamente la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio.”<sup>5</sup>

Asimismo, “... resulta indiscutible que contiene una remisión total y absolutamente genérica a las leyes, reglamentos, normativa interna, etc., y por el contrario no menciona ni un solo indicio –no hablemos de elementos esenciales- de la conducta infractora que pretende tipificar ... en efecto, se trata de una norma totalmente vacía de contenido normativo material, pues, como hemos demostrado, simplemente está integrada por una remisión casi exponencial (a todo el ordenamiento jurídico venezolano), y nos atreveríamos a afirmar que nunca vista en el derecho venezolano”.<sup>6</sup>

Sobre este particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya ha asentado su opinión en fecha 30 de marzo de 2004, bajo ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en el expediente No.02-1957, frente a una solicitud presentada por nuestro dilecto amigo el profesor Freddy Orlando, quien presentó una acción de nulidad por inconstitucionalidad de las normas contenidas en artículo 11 y el numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001.

La Sala Constitucional declaró la constitucionalidad o exequibilidad de dicho numeral 29 del artículo 91 eiusdem, alegando que: esa debía “recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba

---

<sup>5</sup> **Peña Solís, José. “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana”.** Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas. Venezuela. 2006. Pag.128.

<sup>6</sup> Idem.



exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una transgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Asimismo, el legislador delega en la Administración, la posibilidad de dictar normas para su eficaz funcionamiento, de manera de evitar que las autoridades públicas se constituyan en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas previamente por él, lo que perjudicaría el cumplimiento de la gestión.”

Ante estas aseveraciones es importante acotar lo siguiente, si bien es cierto que la tesis de la vinculación positiva de las conductas de los órganos y entes de la Administración, en la actualidad no es absolutamente radical como era en sus inicios, sino que se encuentra atenuada en algunos aspectos de la actividad administrativa pues “ya no existe en algunas áreas la total y radical supeditación al monopolio del Parlamento como productor de normas jurídicas reguladoras, sino que se reconocen como “propias” y se justifican un cúmulo de facultades ínsitas a todos los órganos que integran el Poder Público, cuando ejercen actividad de naturaleza administrativa siempre que pretendan la consecución de fines públicos dirigidos a la obtención del interés general.

Esta flexibilidad o laxitud ínsita, operará sólo cuando con dicha actividad administrativa, no se genere ninguna afectación a la esfera jurídica subjetiva de los particulares por la confección de un acto de naturaleza ablatoria mediante el cual se comprima, conculque, cercene o modifique negativamente el espectro subjetivo del particular, ya que en esos supuestos específicos, siempre deberá mediar una norma de rango legal que otorgue de manera expresa dicha atribución de competencia ablatoria a los órganos del Poder Público, por cuanto tal facultad sólo es concebible en un Estado de Derecho, como producto o resultado del estricto seguimiento de las pautas previstas en el orden constitucional-legal, y que están restringidas al campo de la llamada Reserva Legal.”<sup>7</sup> Muy particularmente si se trata de una pretendida

---

<sup>7</sup> Al respecto ver nuestra posición en: **CARRILLO ARTILES, CARLOS LUIS. “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”** en

potestad punitiva cuyo contenido y alcance debe necesariamente estar predelimitado en esos instrumentos propios de la reserva legal, y nunca instrumentos de inferior jerarquía normativa y mucho menos en ejercicio de potestades discrecionales subjetivas o indeterminadas que relajen el principio de tipicidad sancionatoria de naturaleza fundamental.

En franca contraposición la Sala Constitucional construye lo que a su juicio son las peculiaridades del principio de tipificación de las infracciones administrativas, haciendo una particular comparación con el repertorio de delitos en materia penal afirmando que éste último "...es cuantitativamente limitado, de tal manera que los catálogos del Código Penal y demás leyes penales, por muy amplios que parezcan son fácilmente cognoscibles, mientras que el repertorio de infracciones administrativas es literalmente indominable (sic) y si se pretendiera ser exhaustivo, comprendería bibliotecas enteras. Lo cual obedece a una razón más profunda de naturaleza cualitativa: la enumeración de los delitos es autónoma en cuanto a que no remite a otras normas. Por ello no puede haber, como regla, más delitos que los tipificados. Los tipos sancionadores administrativos por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pre-tipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o la prohibición del pre-tipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento."

Además, la Sala puntualizó en esa misma decisión que "...por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno, el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de (sic) que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas. Por lo cual el numeral 29 del referido artículo 91, no resulta ambiguo, ya que de la redacción del legislador se desprende que no está referido a un número ilimitado de actos hechos u omisiones, sino que se circunscribe o limita a aquellas actuaciones que resulten contrarias a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas normativas internas, los manuales de sistemas y procedimientos dictados dentro del ámbito del control interno con el propósito de salvaguardar el patrimonio

público y procurar la eficacia y legalidad de los procesos y operaciones institucionales.

Así las cosas, estima la Sala que el numeral 29 del artículo 91 de la normativa impugnada, se ajusta a las tendencias más recientes que ha asumido la doctrina respecto al principio de la legalidad de las penas y las infracciones, por cuanto el ilícito administrativo que da lugar a la responsabilidad ha sido especificado por el legislador de manera clara y cierta, con lo que se logra que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción, y por la otra que no quede a la discrecionalidad de la autoridad contralora de que se trate la determinación arbitraria de la correspondiente figura delictual y la potestad irrestricta para imponer sanciones. En realidad lo que se sanciona es la violación de normas, así como de formas de proceder establecidos, como son las que recogen los manuales de sistemas y procedimientos... (omissis) ...

Por lo que la Sala desestima el alegato esgrimido por el recurrente respecto a la inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en consecuencia se declara sin lugar el recurso ejercido. Así se decide.”

### **Dialéctica surgida por la irrupción de potestades sancionatorias acumulativas en ejercicio del Control Fiscal**

El artículo 93 eiusdem consagra el compendio de posibilidades sancionatorias con ocasión de un procedimiento constitutivo de determinación de responsabilidad administrativa, las cuales como ya adelantamos abarcan un espectro que va desde declarar propiamente la responsabilidad administrativa de los funcionarios, empleados y obreros e inclusive los particulares que hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores previstos en los mencionados artículos 91 y 92 idem; imponer multas en los supuestos contemplados en el artículo 94 ibídem; y consecuentemente imponer las otras sanciones a que se refiere el artículo 105, que pudiesen conllevar a suspensión, destitución o inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Además aúna la probabilidad de establecer en base al mismo procedimiento un mandato resarcitorio constituido por un reparo patrimonial en el caso de afectación del erario público.

En torno a esta construcción singular de la redacción del artículo 105, se han formulado profundas críticas y observaciones por múltiples sectores de la doctrina e inclusive por diversas impugnaciones judiciales en las cuales se alegaron vicios de

inconstitucionalidad e ilegalidad, acciones que fueron acumuladas y decididas sin lugar por la Sala Constitucional al ser declarado impolutamente constitucional dicho precepto.

Más allá de tal declaratoria, a nuestro modo de ver, a efectos académicos se impondría dejar por sentado reparos y críticas sobre la juridicidad de dicho artículo.

#### **Acumulación de sanciones de naturaleza distinta.**

Con diáfana claridad los artículos 25, 139 y 222 de nuestra Constitución de 1999, aducen al espectro de responsabilidades en las cuales podría incurrir un funcionario cuando ordenase o ejecutase una conducta contraria a los derechos garantizados por esa norma fundamental y/o por la ley, de lo que derivaría que una misma conducta activa o pasiva pudiera acarrear independientemente responsabilidad individual de índole penal, civil, administrativa, disciplinaria, política, según el caso, por cuanto cada de una de esas responsabilidades es autónoma respecto a la otra, sin embargo, ese mismo texto constitucional erige el principio garantístico denominado *non in bis idem* o prohibición de doble juzgamiento por el mismo tipo de responsabilidad, con identidad de sujeto, hecho, y fundamento jurídico, recogido en su expresamente en el precepto 49 numeral 7 del texto constitucional, también inclusivo del principio de *inviabilidad de doble sanción*.

En lo particular, el artículo 105, asume la paradójica situación de una conjunción de sanciones que corresponden o son derivadas de la responsabilidad administrativa, -salvo la excepción de la medida de destitución que corresponde a una de naturaleza disciplinaria-, por cuanto tanto la propia declaratoria de responsabilidad administrativa, la imposición de multa, la suspensión en el cargo, la inhabilitación se identifican con tal carácter. Este contexto generaría de acuerdo a nuestra visión una franca vulneración a los contenidos garantísticos enunciados de doble juzgamiento y doble sanción contenidos en el *non in bis idem*.

Pareciera solo viable hablar de una sanción principal de contenido ético como es la propia declaratoria de responsabilidad, a la cual se le anexaría una única sanción accesoria de multa, pero entender que a partir de ese pronunciamiento se podría adicionar además una eventual suspensión en el ejercicio del cargo, una increíble destitución del involucrado y además una medida interdictiva de inhabilitación sería un exabrupto que flagrantemente conculcaría las garantías constitucionales descritas. Mucho más si estas ulteriores sanciones satelitales o sub accesorias tienen una entidad mucho más lesiva en su dimensión que la sanción principal de la cual derivan.

Además que en el caso de la suspensión hoy en día ni siquiera en materia estatutaria constituye una sanción disciplinaria, pues en la actualidad su tratamiento se identifica exclusivamente con una medida cautelar que solo puede ser dictada dentro de un procedimiento en el cual se debata la probabilidad de la declaratoria de una eventual sanción disciplinaria de destitución, para asegurar que el imputado no afecte la obtención de pruebas o distorsione la recta sustanciación del expediente disciplinario conforme al artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en franca superación al esquema previo consagrado en la derogada Ley de la Carrera Administrativa que concebía dentro de su abanico sancionatorio la posibilidad de suspender con goce y sin goce de sueldo a un funcionario por unas causales determinadas. En consecuencia mal podría una ley que no es de contenido disciplinario sino que concibe sanciones administrativas contener sanciones orbitantes disciplinarias que en la actualidad han sido desechadas como sanciones en la ley natural de índole disciplinaria como es la Ley del Estatuto de la Función Pública aludida.<sup>8</sup>

En ese mismo esquema el 105 aduce -a nuestro juicio incorrectamente- como sanción sub accesoria a una más contradictoria sanción de naturaleza eminentemente disciplinaria como sería la probabilidad de declarar la destitución del funcionario, por el Contralor General de la República sobre un sujeto pasivo funcional que no es su subordinado por no estar dentro de su estructura organizativa, ni detentar jerarquía sobre él, ungiéndose con poderes de imponer disciplina a quien no puede disciplinar y concibiéndose una ilegal probabilidad sin que el eventual afectado pudiese controvertir y defenderse de esa probabilidad ya que nunca se dio trámite al procedimiento particular y especial que a tal efecto consagra la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 89, único conducto procedimental que permitiría dictar esa medida de destitución fundada en algunos de los supuestos causales previstos en el artículo 86 eiusdem.

Concebir que el Contralor General de la República pudiese dictar a su elección discrecional, -una vez comprobada la responsabilidad administrativa-, una sanción disciplinaria ***inaudita alteram parte***, en prescindencia absoluta del procedimiento constitutivo previsto en la ley especial, y erróneamente considerando que se trata de una sanción de naturaleza puramente objetiva que precede eventualmente según también su discrecional visión a una sanción interdictiva de inhabilitación, constituye a todas luces una de las más desacertadas consagraciones normativas que jamás se ha configurado en nuestro devenir normativo venezolano, pues como sabemos se trata de sanciones de naturaleza subjetiva donde se impone necesariamente la

---

<sup>8</sup> Al respecto ver artículos 82 y 90 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

demostración particular de la culpabilidad y la viabilidad temporal de la sanción, pues podría operar la prescripción de la acción procedimental para sancionar o ejecutar la pretendida sanción.

No obstante, el criterio de la Sala Constitucional ha sido considerar que no existe accesoriidad entre estas últimas sanciones

**Vicio constitucional de indefensión y de ausencia de debido procedimiento frente a la eventual declaratoria sobrevenida de destitución o de inhabilitación**

Nuestra Constitución prevé la garantía fundamental del derecho a la defensa y del derecho al debido procedimiento, que erige la protección de la esfera jurídica del particular ante actuaciones públicas supeditando que cualquier conducta de los órganos del Poder Público que pretenda incidir sobre el individuo, debe previamente garantizar como derecho inviolable el conocimiento del asunto en el cual está incurso, y todas y cada una de las consecuencias probables de la actuación pública, para poder ejercer su defensa, contradecir esas factibles secuelas que se le imputan, promover y evacuar todo género de pruebas y valorar en su justa medida sus alegaciones y soportes demostrativos al efecto de controlar la configuración del acto primario.

Para nosotros, las sanciones complementarias, como la increíble destitución e inclusive la de índole **interdictiva** como sería la inhabilitación, en virtud del diseño garantístico constitucional, no podrían ser aplicadas retroactivamente sin permitirsele al probable sujeto sancionable, efectuar una ajustada dimensión de su defensa en base a una previa imputación clara que le indique la gravedad, entidad y consecuencia de la falta, irregularidad o ilícito presuntamente cometido, así como de la extensión de la temporalidad de la sanción que pretende aplicársele. La defensa es un continente de posibilidades que solo puede ser ejercido en la medida que se conozca previa y expresamente todos los elementos que pueden generar agravio, las consecuencias afectantes, así como la relación causal entre hechos, imputaciones y norma, la plena asistencia jurídica, y solo puede ser verificables esa defensa en el marco de ser oído dentro de un procedimiento idóneo que abarca todo tipo y género de actuación judicial o administrativa, que con plena certeza permita los controles en la formación de la voluntad administrativa.

Por ende mal podría concebirse que se garantiza el derecho a la defensa si no se ha efectuado una imputación concreta y real, delimitada a un supuesto particular y predeterminado sancionatorio con visibles y cerradas consecuencias diferentes -entre

una declaratoria de responsabilidad, una destitución o una inhabilitación-, y aún cuando el artículo 105 aduzca la aberrante y elástica idea de sanciones sin que medie procedimiento alguno, la Constitución como norma suprema garantiza el continente del derecho a la defensa y del derecho al debido procedimiento.

El eje central de la discusión estriba en que la imputación efectuada y la defensa ejercida frente a la formulación efectuada originalmente dentro del procedimiento constitutivo de determinación de responsabilidad conforme al artículo 99 y 101 está enmarcada exclusiva y concretamente a elementos vinculados con los supuestos generadores de responsabilidad administrativa en virtud de algunos de los contenidos de los veintinueve (29) numerales del artículo 91 o los contenidos del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, y solo sobre esos supuestos de hechos concretos y definidos es sobre los cuales se ejerce específicamente las alegaciones, pruebas y controles respectivos del derecho a la defensa y sobre lo cual orbita particular y exclusivamente el procedimiento constitutivo debatido y controvertido ante el órgano de Control Fiscal.

De manera que, nunca en la fase constitutiva realmente se formularía argumento, imputación o alegato relacionado ciertamente con la probable destitución o inhabilitación, ni en este último caso sobre la extensión cronológica de esa singular sanción, por ende nunca se permite cabalmente un control argumentativo, probatorio o procedimental que garantizase el derecho a la defensa en ese sentido u otro sentido, ya que jamás esos son elementos controvertidos en esa sede administrativa, porque el imputado normalmente se defiende de la única imputación realmente efectuada hasta ese momento que versa únicamente sobre el supuesto generador de responsabilidad, pretendiendo evitar su configuración, y jamás versa sobre la inviabilidad de la medida disciplinaria de destitución y/o interdictoria de inhabilitación ni sobre su extensión temporal, lo que resulta a todas luces en una indiscutible infracción grave del derecho a la defensa y al debido procedimiento constitucionalmente tutelado, lo que comportaría la nulidad absoluta sobre las sanciones acumuladas.

Sin embargo, el criterio de la Sala Constitucional es diametralmente opuesto a nuestros argumentos, al manifestar que: “La Sala observa, tal como se describió en el apartado correspondiente, que la coletilla: «sin que medie ningún otro procedimiento», igual que en las leyes precedentes, alude a la atribución de declarar la responsabilidad administrativa del funcionario a través de un procedimiento de naturaleza compleja... (omissis).... Ahora bien, en el impugnado artículo 105 de la Ley impugnada se repite la misma situación, sólo que esa diferenciación de potestades se hace dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal. El órgano de control fiscal sustancia y decide el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad administrativa del

funcionario, y con base en ello impone la multa a que se contrae el artículo 94 eiusdem, única sanción que se le permite imponer al órgano de control fiscal decidor; y el Contralor General de la República, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 eiusdem, impone la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación. De esta manera, se trata de la manifestación en dos actos administrativos de la misma potestad sancionatoria, lo cual configura lo que la doctrina denomina «procedimiento complejo».

Así entonces, tal como se ha establecido en sentencia de la Sala N° 1117/2006, el procedimiento complejo configura la manifestación de la potestad sancionatoria en dos fases vinculadas entre sí, en la cual la declaratoria de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario de la imposición de la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación; todo tramitado en un procedimiento único aunque como se dijo de naturaleza compleja porque cada una de esas fases se cumplen de forma independiente y eficaz por sí mismos ante sendos órganos que, en su conjunto, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal ... (omissis) ... en definitiva, la Sala considera que la norma impugnada no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa.”

**Violación principio constitucional del non bis in idem, doble juzgamiento y doble sanción de la desproporción de la entidad de la sanción accesoria frente a la principal**

Por otra parte, nos encontramos frente a una dialéctica entre la sanción de responsabilidad administrativa, como sanción principal, la acumulación de una sanción patrimonial accesoria como sería la multa, y la materialización de múltiples sanciones hasta la ulterior **sanción retroactiva**, sin limitación temporal para su declaratoria como sería la **inhabilitación** para el ejercicio de cargos públicos, que incontrovertiblemente se presentarían como unas sobrevenidas *nuevas* sanciones, *nuevamente* accesorias o a veces mal calificadas de principales, declaradas de *nuevo* por el mismo tipo de responsabilidad, lo cual configuraría una diáfana conculcación de las garantías constitucionales del principio de **non bis in idem**, o prohibición de doble juzgamiento y doble sanción por el mismo tipo de responsabilidad, con identidad de sujeto, hecho, y fundamento jurídico.

A diferencia la Sala Constitucional asevera que: “la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemente está restringida por el principio de *non bis*



*in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, **el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza. (resaltado nuestro)...** (omissis) ... De ese modo, tratándose de múltiples sanciones de naturaleza distinta, pecuniaria e interdictiva; de conformidad con el razonamiento expuesto, la Sala considera cumplida el requerimiento constitucional para no estimar como lesionado el principio de *non bis in idem*, y por tanto, no trasgredida la norma contenida en el artículo 49.7 constitucional. Así se declara.”

#### **Del vicio de inadecuación y ausencia de proporcionalidad en la cuantía temporal**

Diáfananamente el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, prevé la potestad del Contralor General de la República para acordar la sanción interdictoria de naturaleza accesoria o complementaria de inhabilitación hasta por un máximo de quince (15) años, **siempre supeditando la proporcionalidad de la medida a la entidad del ilícito y atendiendo a la gravedad de la conducta cometida, lo cual excluye la idea de discrecionalidad sancionatoria**, pues la norma consagra claramente un elemento de control que ciñe la actuación del órgano de control fiscal a valoraciones de proporcionalidad, adecuación e igualdad de tratamiento ante argumentos contenidos en el propio acto administrativo de inhabilitación, situación que usualmente no es cubierta por la Administración Activa de Control Fiscal, pues se asume que esa es una potestad discrecional del Contralor General de la República, no obstante, la norma taxativamente dispone que para aplicación del gravamen temporal de la sanción indisponiblemente se debe acudir a elementos valorativos de la conducta sancionable desplegada por el imputado de acuerdo a “atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida”, que nunca sería un automatismo frente a la previa declaratoria de responsabilidad como único presupuesto de la activación de las consecuenciales sanciones, sino a un análisis enjundioso de las irregularidades cometidas en su real magnitud y contexto.

Una vez más nos distanciamos del criterio de la Sala Constitucional en la sentencia que nos ocupa quien patentizo que: “La Sala observa que la norma impugnada en modo alguno implica contravención al principio de proporcionalidad de las sanciones, pues las sanciones contempladas en el artículo 105 ... guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido; vale decir, que para su imposición se considera tanto la entidad del daño como el grado de responsabilidad.

Por otra parte, no es válido tampoco el argumento de los accionantes de que se transgrede la proporcionalidad intra-sanción porque no existe correspondencia entre la sanción principal y lo que ellos denominan accesorias. En ese sentido, serían sanciones principales aquellas que no dependen de otras para su imposición; a diferencia de las accesorias que presuponen la imposición de una principal. La Sala observa que en el caso de la norma contenida en el artículo 105 no es exacta la relación de dependencia entre la multa y la suspensión, la destitución o la inhabilitación, como lo pretenden los accionantes; sino que esa relación de dependencia existe entre la declaratoria de responsabilidad administrativa y la multiplicidad de sanciones; que, como se ha venido sosteniendo a lo largo del fallo, son propiamente consecuencias principales todas ellas de la declaratoria de responsabilidad administrativa. ...(omissis) ... ninguna de las sanciones dependen unas de las otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte, la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de la responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

En consecuencia, por las razones *supra* expuestas la Sala considera que la disposición normativa impugnada en modo alguno vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas por cuanto su prescripción apunta a la corrección de las conductas infractoras del funcionario desde distintas aristas haciendo hincapié en la relevancia del hecho cometido, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público.”

#### **A título de epílogo.**

Más allá de los reparos aducidos a lo largo de este trabajo, invitamos a nuestro acucioso lector a que efectuó un ejercicio académico y revise con detenimiento la argumentación y los fundamentos jurídicos esgrimidos en la declaratoria de constitucionalidad o exequibilidad del precepto 105 citado, -obviando los nombres de los actores de las acciones acumuladas, de su contexto temporal y de los particulares

efectos personales y políticos que derivaron de su dispositivo- frente a los argumentos explanados muy especialmente en su voto salvado, lo que con toda seguridad le permitirá cavilar y ponderar en plena dimensión las derivaciones futuras de este paradójico fallo.