



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**  
**SALA CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente: **Arcadio Delgado Rosales**

**Expediente: 05-1853**

El 2 de septiembre de 2005, se recibió en esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia escrito contentivo del recurso de nulidad por inconstitucionalidad, ejercido conjuntamente con acción de amparo cautelar y solicitud de medida de suspensión de efectos, interpuesto por los abogados Carmen Isabel Vargas Pérez y César Augusto Loaiza Bigott, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 27.414 y 102.914, respectivamente, en su carácter de apoderados judiciales de la ciudadana **ZIOMARA DEL SOCORRO LUCENA GUÉDEZ**, titular de la cédula de identidad N° 4.821.576, contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00), por cuanto en su condición de Concejal del Municipio Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, ratificó con su voto, siete órdenes de pago, mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

El 20 de septiembre de 2005, se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Luis Velázquez Alvaray.

El 28 de septiembre de 2005, a través de la sentencia N° 2795, esta Sala admitió en cuanto ha lugar

en derecho, la acción de nulidad incoada contra la Resolución 01-00-173, del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República y contra la decisión dictada el 23 de noviembre de 2004, emanada del Director de Determinación de Responsabilidades de la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, al considerar que el recurso de nulidad tenía como fundamento la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y declaró con lugar el amparo cautelar solicitado contra los actos administrativos recurridos. En esa misma oportunidad, ordenó la citación mediante oficio del Contralor General de la República y de la ciudadana Procuradora General de la República, así como la notificación del Fiscal General de la República y de los terceros interesados.

El 25 de octubre de 2005, la abogada Inés del Valle Marcano Velásquez, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 24.744, actuando en su carácter de apoderada judicial de la Contraloría General de la República, según Resolución N° 01-00-39 del 14 de marzo de 2005, dictada por el Contralor General de la República, se dio por notificada del contenido de la sentencia N° 2795, dictada el 28 de septiembre de 2005 y presentó escrito de oposición a la medida cautelar de amparo acordada.

El 26 de octubre de 2005, el Juzgado de Sustanciación libró las boletas de notificación y citación dirigidas al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República y a la Procuradora General de la República, las cuales fueron consignadas ante esa instancia el 3, 7 y 10 de noviembre de 2005, respectivamente.

El 16 de noviembre de 2005, el Juzgado de Sustanciación, visto el escrito de oposición presentado por la representante judicial de la Contraloría General de la República, acordó abrir cuaderno separado a los fines de tramitar dicha incidencia.

El 17 de noviembre de 2005, el abogado Juan Bautista Carrero Marrero, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 80.940, actuando en su propio nombre, presentó escrito contentivo de su solicitud de intervención como tercero coadyuvante a favor de la República Bolivariana de Venezuela.

Mediantes diligencias del 14 y 29 de marzo de 2006, respectivamente, la apoderada judicial de la parte actora solicitó la emisión del cartel de emplazamiento de los terceros interesados.

El 24 de marzo de 2006, a través de la sentencia N° 645, esta Sala revocó de oficio la medida de amparo cautelar acordada el 28 de septiembre de 2005, ello en atención a que no existían elementos que determinasen el *periculum in mora*.

El 28 de marzo de 2006, la abogada Carmen Isabel Vargas Pérez, actuando en su carácter de apoderada judicial de la parte actora, presentó escrito contentivo de una nueva solicitud de suspensión de los

efectos de los actos administrativos de efectos particulares recurridos.

El 29 de marzo de 2006, se reasignó la ponencia del presente expediente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

El 30 de marzo de 2006, el Juzgado de Sustanciación libró el cartel de emplazamiento de los terceros interesados el cual fue retirado el 3 de mayo de 2006.

Posteriormente, el 9 de mayo de 2006, la representante judicial de la parte actora consignó el cartel de emplazamiento el cual fue publicado en el diario “Últimas Noticias” el 6 de mayo de ese mismo año.

El 31 de mayo de 2006, la abogada Carmen Isabel Vargas Pérez, actuando con el carácter de apoderada judicial de los ciudadanos Víctor Jesús Martínez Mata, Jimmy Andrade Monsanto, Alexis Valentín Vilema Villegas y Teresa Aguilar García, respectivamente, presentó escrito a través del cual se dieron por citados del presente recurso “...por tener éstos interés directo y legítimo en las resultas del mismo, a los fines de que al dictarse la sentencia definitiva sus efectos los beneficie con todas sus consecuencias legales por encontrarse (sic) en idénticas circunstancias...”.

El 27 de septiembre de 2006, la apoderada judicial de la Contraloría General de la República, presentó escrito esgrimiendo la improcedencia de la nueva medida cautelar requerida por la parte actora.

Mediante auto del 22 de julio de 2008, el Juzgado de Sustanciación fijó para el día martes veintinueve (29) de julio de 2008, a las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), la celebración del acto público y oral.

El 29 de julio de 2008, oportunidad fijada para la celebración del acto público y oral, se dejó constancia de la comparecencia de los representantes de la Procuraduría General de la República, de la Contraloría General de la República, de la Asamblea Nacional, del Ministerio Público, de los Contralores y Contraloras de los Estados: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Táchira, Trujillo, Vargas, Yaracuy y Zulia, como terceros coadyuvantes, y de la accionante, de los cuales sólo la representación de la Procuraduría General de la República, de la Contraloría General de la República y de los terceros coadyuvantes, presentaron escritos.

Una vez concluida la audiencia y visto que la partes no manifestaron su interés en la apertura del lapso probatorio, esta Sala acordó dictar sentencia sin relación ni informes, ello en atención a que el asunto es de mero derecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 21, aparte quince de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El 31 de julio de 2008, se reasignó la ponencia del presente expediente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales.

Realizado el estudio individual de las actas, esta Sala Constitucional pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

## I

### FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La parte recurrente fundamentó su pretensión, entre otros, en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

Que, en su condición de Concejal del Municipio Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, conjuntamente con otros concejales, votó a favor de levantar la objeción efectuada por la Contraloría Municipal a siete órdenes de pago mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

Que *“posteriormente la Dirección de Averiguaciones Administrativas, a través de actuaciones materiales de la Contraloría General de la República”*, inició una averiguación administrativa, el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001, y último día de vigencia del procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para ese momento.

Que, el 23 de noviembre de 2004, bajo un supuesto régimen transitorio y en aplicación del procedimiento previsto en la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se declaró su responsabilidad administrativa y se le impuso una multa por doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00).

Que el 30 de marzo de 2005, el ciudadano Contralor General de la República, haciendo una aplicación retroactiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, mediante Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, destituyó a la ciudadana Ziomara del Socorro Lucena Guédez, del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres años.

Que contra dicho acto administrativo, ejerció recurso de reconsideración, el cual, mediante Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, fue declarado sin lugar por el Contralor General de la República.

Que la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, fue dictada por una autoridad manifiestamente incompetente, pues no estaba facultado por la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente para el momento que ocurrieron los hechos objeto de la investigación, para imponer la sanción de destitución aludida, en interpretación extensiva del artículo 67 de la derogada Ley Orgánica de

Régimen Municipal, por un supuesto ilícito que no estaba legalmente tipificado para el momento en que ocurrieron los hechos objeto de la referida averiguación administrativa, con lo cual lesiona sus derechos constitucionales de no aplicación retroactiva de la ley, a la defensa, a ser oído y al debido proceso.

Que el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, emanada del Contralor General de la República, que declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, dictada por dicho órgano contralor y mediante la cual se le sancionó con la destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la inhabilitó para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres años, viola flagrantemente su derecho a la defensa, pues dicha decisión se fundamenta en lo previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, según el cual, el Contralor General de la República aplicará la sanción de destitución sin que medie otro procedimiento, lo que es contradictorio con el derecho constitucional al debido proceso que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa y a ser oído, contenidos en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo cual alega la inconstitucionalidad del mismo.

Señaló la parte actora que la aludida Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005 se encuentra viciada de nulidad absoluta, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por cuanto el Contralor General de la República actuó en contravención del artículo 24 del Texto Fundamental, al aplicar de forma retroactiva el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, cuando lo procedente era aplicar el artículo 122 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, razón por la cual, a su juicio, procede la declaratoria de nulidad absoluta de dicho acto administrativo.

Asimismo, señaló la parte recurrente que los actos administrativos impugnados lesionan el debido proceso y el derecho a la defensa.

En este sentido, solicitó se decrete amparo cautelar contra los actos administrativos recurridos, mientras se dicta la sentencia definitiva, a los fines de evitar la lesión de los derechos constitucionales denunciados.

Al respecto, la parte recurrente argumentó que el *fumus bonis iuris* queda evidenciado, por cuanto la ley que prevé la sanción impuesta no estaba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la averiguación administrativa, lo que pone de manifiesto la aplicación retroactiva de la ley; asimismo, por la ausencia de un procedimiento previo a la aplicación de la sanción de destitución, que le permitiera ejercer su derecho a la defensa con las garantías del debido proceso; y en virtud del contenido del oficio N° 01-00-000759 del 24 de agosto de 2005, emanado del Contralor General de la República dirigida al Ministro de Educación, Cultura y Deportes, por el cual le informa sobre la obligación de dar cumplimiento a

la sanción de destitución aplicada.

Por otra parte, señaló la parte accionante que el *periculum in mora* se manifiesta en virtud de que ejerce funciones en un cargo de alto nivel como Directora Nacional de Comunidades Educativas y, en virtud de dicha Resolución, el Ministro de Educación, Cultura y Deportes estaría obligado a dar cumplimiento a la destitución adoptada por el Contralor General de la República en el recurrido acto administrativo, lo que causaría un grave perjuicio que no podría ser reparado por la sentencia definitiva que decida el recurso de nulidad interpuesto, además de lesionar su honor y reputación.

Finalmente, solicitó se admita el recurso contencioso administrativo interpuesto y se otorgue el amparo cautelar solicitado.

## II

### OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA RÉPÚBLICA

En el escrito presentado en la oportunidad de la celebración del acto oral, el abogado Christian Michel Colson Pinto, en su condición de sustituto de la Procuradora General de la República, solicitó la declaratoria de improcedencia del recurso de nulidad interpuesto, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

En primer término, adujo algunas consideraciones sobre la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, expresando al respecto que, de acuerdo a los fines encomendados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el legislador consagró mediante la Ley Orgánica de la Contraloría, “...*ciertas potestades sancionatorias a los órganos de control bajo cuya dirección y responsabilidad se encuentra la Contraloría General de la República. En aplicación de las mismas, se vierte una de las funciones asignadas al máximo órgano de control, cual es la imposición de sanciones de orden administrativo derivadas del establecimiento y demostración de hechos constitutivos de responsabilidad administrativa...*”.

Indicó que, “...*para hacer efectivas las facultades de investigación y las potestades sancionatorias de los órganos de control fiscal, así como también, castigar las conductas tipificadas como hechos generadores de responsabilidad administrativa, fue necesario para el legislador diseñar un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria a través del cual se brinden a los destinatarios las debidas garantías constitucionales, en especial, las referidas al derecho a la defensa y el debido proceso, con el fin de que la Administración no decida arbitrariamente en perjuicio del particular, debiendo realizar una adecuada investigación, analizando los alegatos del investigado, valore y pondere las pruebas promovidas, así como las pruebas preexistentes para el momento de la apertura del procedimiento, obteniendo con esos*

*elementos un juicio de valor arribando a una conclusión lógica y justa que quede plasmada en la decisión administrativa, que debe ser el producto de la realización de un silogismo sobre el supuesto de hecho concreto y la norma legal aplicable...”.*

*Que, “...ante la existencia de alguna de las sanciones impuestas por el órgano de contralor interno, las cuales desde un punto de vista jurídico deben ser consideradas como sanciones principales y existiendo la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario, el Contralor General de la República se encuentra facultado en forma exclusiva y excluyente, para acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, una sanción accesoria que puede consistir según el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en : (i) Suspensión del Ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses; destitución del declarado responsable o; inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años...”.*

*Precisó que “...la determinación de responsabilidades administrativas que se traducen en la imposición de las sanciones accesorias antes descritas por parte del Contralor General de la República, son producto de una segunda fase de un mismo procedimiento, siendo que la primera corresponde a la fase de investigación. En efecto, en el procedimiento administrativo en el que se llevan a cabo ambas fases, la Administración desde su inicio forma un expediente único, que existe desde la fase de investigación y que pasa por una segunda referida a la determinación de la responsabilidad administrativa y que, en el supuesto de haber sido declarada a un funcionario, el Contralor General de la República observando, evaluado (sic) y ponderado (sic) los fundamentos de hecho y derecho bajo criterios de proporcionalidad, según lo dispone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, decidirá sobre la imposición de una sanción accesoria, considerando la entidad del ilícito cometido...”.*

*Señaló que “...no se trata de sancionar dos (2) veces a una persona por un mismo hecho (principio non bis in idem), sino de una sanción principal y de carácter moral, como lo es la declaratoria de responsabilidad administrativa, caso, en el cual, la Máxima Autoridad de la Contraloría General de la República y como consecuencia de la entidad del ilícito cometido, procede a la imposición de una sanción accesoria (destitución o inhabilitación para el ejercicio de la función pública), pero no se trata bajo ninguna circunstancia de una sanción impuesta sin procedimiento alguno, se trata [de] un solo procedimiento sancionatorio conformado por dos fases y sustanciado en un solo y único expediente, la primera de ellas es una fase de investigación y la segunda referida a la declaratoria de responsabilidad administrativa. En ese sólo (sic) y único expediente, el imputado desde el inicio del procedimiento ha ejercido su derecho a la defensa, es decir, desde la fase de investigación, oportunidad en la que se determina su participación en los hechos investigados y se le notifica formalmente, hasta la fase de determinación de responsabilidad, en la que se verifica la culpabilidad en la realización de una conducta antijurídica tipificada como tal por la ley... ”.*

En este orden ideas, expresó que “... el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no vulnera el principio del juez natural previsto en el artículo 49 del Texto Constitucional, pues hay que aclarar que dicho principio se aplica tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, por ello tenemos que el Contralor General de la República en ejercicio de las competencias y facultades sancionatorias que le confiere la Constitución y la ley, actúa como juez natural administrativo, sin que ello menoscabe de manera alguna el derecho que le consagra la ley al funcionario sancionado de recurrir la decisión administrativa ante la Sala Político Administrativa de ese Tribunal Supremo de Justicia...”.

En atención a los argumentos expuestos, concluyó que “... el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal resulta constitucional y no vulnera en forma alguna el derecho a la defensa y al debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...”; y así solicitó fuese declarado.

Por lo que respecta a la supuesta vulneración al principio de legalidad así como al derecho a la defensa y al debido proceso por parte del acto administrativo emitido por la Dirección de Determinación de Responsabilidades Administrativas, a través del cual se declaró la responsabilidad administrativa de la parte actora, adujo que “...lo que se cuestiona en el presente caso es el hecho de que el Municipio Libertador efectuó transferencias a un Instituto de Derecho Privado [INPRECONCEJAL], cuyos principales beneficiados son los Concejales de esa Municipalidad, quienes a tenor de los que disponía el artículo 56, último aparte de la Ley Orgánica de Régimen Municipal no devengaban sueldos, pues según esa derogada ley, sólo percibían dietas por asistencia a las sesiones de la Cámara Municipal y a sus Comisiones, por lo que, si bien es cierto, no existe prohibición legal para que los Concejales reciban, entre otros conceptos ayudas y beneficios del Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL), también es cierto que, el monto de esos conceptos debe provenir de aportes individuales de cada concejal, pero no de transferencias de recursos efectuados por el Municipio, ya que al realizarse las mismas al INPRECONCEJAL, instituto del cual forman parte integrante los concejales y son beneficiarios económicamente, se contraviene lo dispuesto en la prohibición contenida en el artículo 67, ordinal 1 eiusdem...”.

En consecuencia, “... visto que los pagos y transferencia de recursos aprobados por la recurrente resultan ilegales, es evidente que en la oportunidad en que fue declarada su responsabilidad administrativa, con fundamento en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público, derogada por la ley Contra la Corrupción, pero cuya tipificación se mantiene vigente en el numeral 15 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de ninguna manera se vulneró en la Decisión Administrativa de fecha 23 de

*noviembre de 2004, emanada de la Dirección de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General de la República, el principio de legalidad de la penas y faltas...”.*

En lo que concierne a la supuesta violación al derecho a la defensa y al debido proceso, indicó que tal argumento resulta completamente infundado, ya que en todo momento existió una participación activa de la parte recurrente, permitiéndosele tener acceso a la documentación recabada por la Contraloría General de la República, así como a ejercer su derecho a la defensa en cada una de las fases del procedimiento administrativo, razón por la cual estimó infundado dicho alegato.

Por lo que respecta a la supuesta incompetencia del Contralor General de la República para dictar el acto administrativo contenido en la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, mediante la cual se impuso a la ciudadana Ziomara del Socorro Lucena Guédez la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas así como la sanción de inhabilitación, señaló que *“...al entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, entro (sic) en vigor su artículo 105, el cual de manera expresa y en forma exclusiva y excluyente, le confirió al Contralor General de la República la potestad para imponer medidas administrativas disciplinarias de carácter sancionatorio, entre las cuales se encuentran la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo, la destitución, e imponer la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, las cuales derivan de una declaratoria previa de responsabilidad administrativa emitida por el órgano de control interno, en virtud de un desempeño irregular de la función pública por parte del funcionario investigado, al margen del principio de legalidad y de los principios de honestidad, transparencia, eficacia y eficiencia que propugna (el) Texto Constitucional como principios fundamentales del Estado Venezolano; quedando la ejecución de la sanción de destitución, en poder de la máxima autoridad jerárquica en la cual el funcionario esté prestando sus servicios...”*. Por lo tanto, siendo ello así, resulta desprovista de fundamento la incompetencia alegada por la parte recurrente; y así solicitó fuese declarada.

Finalmente, por lo que concierne a la supuesta aplicación retroactiva de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señaló que *“... se hizo mención a dicha norma a los solos efectos de dejar expresamente asentado el fundamento legal de la competencia del Contralor General de la República, para aplicar la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en los términos dispuestos en el acto impugnado. Lo expresado no signific(ó) que el régimen legal aplicable para el momento de la comisión de los hechos irregulares, era el previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, razón por la cual, el Contralor General de la República, atendiendo a la entidad de los ilícitos cometidos y el monto del perjuicio causado al estado, decidió aplicar a la ciudadana ZIOMARA DEL SOCORRO LUCENA GUEDEZ, la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un periodo de tres (3) años, previsto en dicha Ley Orgánica como límite máximo, y no en ningún momento el límite establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema*

*Nacional de Control Fiscal, pues, era el término que más beneficiaba a la recurrente, ya que el previsto en ésta última norma, es de hasta quince (15) años...”; razón por la cual en el presente caso no fue vulnerado el principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 24 del Texto Constitucional.*

En razón de las consideraciones expuestas solicitó se declare la constitucionalidad del 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 de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001 y, en consecuencia, se declare sin lugar el recurso de nulidad interpuesto.

### III

#### OPINIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En el escrito presentado en la oportunidad de la celebración del acto oral, los abogados Angélica Rocío Sánchez y Paulo Enrique Zárraga, en su condición de representantes del Contralor General de la República, solicitaron la declaratoria de improcedencia del recurso de nulidad interpuesto, esgrimiendo en términos similares, los mismos argumentos y consideraciones expuestas por la representación de la Procuraduría General de la República, razón por la cual esta Sala considera inoficioso reproducirlos.

### IV

#### OPINIÓN DE LOS TERCEROS COADYUVANTES

En el escrito presentado en la oportunidad de la celebración del acto oral, los ciudadanos Leslie Sandoval, Norma Silva, Salomé Baroni, César Otero Duno, Enrique Parra, Gerardo Medina, Agustín da Costa, Sonia Pierluissi, Glinys Hernández, Patricia Camero Salazar, Juan Pablo Soteldo, Frank Castillo, Claudia Gómez Pico, Gardelys Orta, José Francisco Salazar, Milányela Pedroza, Omaira De León Osorio, Joel Maya Viloría, José Alberto Mejías, Luis Pérez y Andrés Cruz Méndez, actuando en su carácter de Contralores y Contraloras de los Estados: Amazonas, Anzoátegui, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Táchira, Trujillo, Vargas, Yaracuy y Zulia, respectivamente, asistidos por la abogada Iris Zambrano de Ramírez, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 55.865, solicitaron la declaratoria de improcedencia del recurso de nulidad interpuesto, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, “...*las Contralorías Estadales, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal, que juega un rol importante en el control de los gastos, ingresos y bienes relacionados con el patrimonio público, y una de las atribuciones que tienen los órganos que integran el*

*aludido Sistema Nacional de Control Fiscal, es la potestad de investigación, la cual comprende la facultad para realizar actuaciones necesarias a objeto de verificar la ocurrencias de actos, hechos u omisiones contrarias (sic) a una disposición legal o sublegal, y poder determinar o no las responsabilidades [a] que hubiere lugar siguiendo el procedimiento previsto en el capítulo IV del Título III de la Ley ut supra citada. Así también establece el artículo 26 eiusdem que dicho Sistema tiene como objeto fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades en los entes u organismos sujetos a su control...”.*

En este orden de ideas, señalaron que su interés “...se fundamenta en el hecho de que cómo (sic) Contralores y Contraloras Estadales, dicta(ron) decisiones declarativas de responsabilidad administrativa, que dan lugar a la imposición de sanciones accesorias de igual naturaleza, por el órgano rector como son : i) la suspensión en el cargo sin goce de sueldo hasta por un período máximo de 24 meses, ii) destitución del declarado responsable, o iii) inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida, todas éstas previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal...”.

Indicaron que las sanciones previstas en el citado artículo 105 “...emergen como una consecuencia jurídica de la declaratoria de responsabilidad administrativa, una vez firme en sede administrativa. De hecho, la norma en comento es clara cuando dispone en este sentido que dichas sanciones serán aplicadas ope legis por el Contralor General de la República, es decir, 'sin que medie ningún otro procedimiento' distinto al de la averiguación administrativa; porque se erige como actos-consecuencia, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación...”.

Que “...la norma que hoy está siendo objeto de impugnación, posee fuerza suficiente para conferirle a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control fiscal y rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, el compromiso de contribuir a minimizar la impunidad, para así, depurar a la administración Pública de funcionarios carentes de valores éticos y de una conducta irresponsable en el manejo de los fondos públicos...”.

Arguyeron que “... el espíritu, propósito y razón del legislador, al estatuir el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no es más que, en acatamiento a los principios que inspiran el Texto Fundamental, recuperar la moral pública, así como la eficiencia y eficacia de la función administrativa del Estado, y seleccionar los mejores servidores públicos tanto en el aspecto ético como en la preparación técnica y profesional, para así constituir (sic) el pilar necesario para sustentar la estructura de una Administración pública, moderna, dinámica y

*eficiente...”.*

En razón de las consideraciones expuestas, solicitaron se *“...declare sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en consecuencia se mantenga incólume la referida norma...”.*

## V

### OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El 31 de julio de 2008, la abogada Roxana Orihuela Gonzatti, en su carácter de Fiscal Segunda del Ministerio Público designada para actuar ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena y ante las Salas Constitucional, Político Administrativa y Electoral, presentó escrito de informe solicitando la declaratoria de improcedencia del recurso de nulidad interpuesto, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

Que *“...la recurrente, conocía con anterioridad los hechos que se originaron y que dieron base legal a la Administración para que dictara los actos administrativos que considera(ba) en su contra, esto es, la declaración de responsabilidad administrativa de fecha 24 de noviembre de 2004, así como las resoluciones que la destituye(ron) del cargo que ostentaba y la inhabilita(ción) para el ejercicio del cargo por un lapso de tres (3) años...”*

Indicó que de la revisión del expediente se evidencia que la misma *“... si (sic) tuvo la debida oportunidad de defenderse, se le respetó el procedimiento que legalmente se establece para el caso concreto. Se verificó que se le escuchó y que pudo expresar sus alegatos y defensas, quedando a la vista de este Organismo desvirtuadas las denuncias de violación de tales derechos...”.*

Por lo que respeta a la presunta violación al principio de irretroactividad de la ley, señaló que *“...las normas de los artículos 122 de la ley derogada con el 105 de la vigente Ley, le dan plena competencia al ciudadano Contralor General de la República, para imponer la sanción de destitución e inhabilitación, cuando se cumplan los parámetros allí establecidos, y siendo que la Administración, fue explícita al indicar que dicha inhabilitación se dicto '...De conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley Orgánica (...) vigente (...) en concordancia con lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República...' derogada, y siendo que, las aludidas normas establecen*

*condiciones iguales o parecidas en su espíritu, propósito y razón, consider(ó) que este alegato también debe desestimarse...”.*

En lo concerniente a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, adujo que *“...la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública es una sanción disciplinaria, la cual es una especie del genero de sanciones administrativas, en razón de lo cual se fundamenta en un procedimiento administrativo previo (sic) que requiere de una firmeza de la sanción administrativa propiamente dicha para su materialización o no, por ello, se une al procedimiento administrativo previo que declara la responsabilidad administrativa, es decir, no es una sanción 'sin otro procedimiento', como lo establece la norma, es conforme a ese procedimiento administrativo previo del cual pueden desprenderse dos sanciones: una administrativa propiamente dicha y otra disciplinaria administrativa...”.*

Adujo que *“... ambos actos (el que declara la responsabilidad administrativa y el que declara la inhabilitación) se incluyen dentro de la categoría de los denominados actos complejos, ya que el acto de inhabilitación como un nuevo acto requiere de una actuación previa que produjo el primer acto, esa actuación es la declaratoria de responsabilidad administrativa, bien sea que el primer acto haya sido dictado por una autoridad diferente a la que dictó el nuevo acto, o que ambos hayan sido dictados por la misma autoridad...”.*

Que *“...la responsabilidad administrativa se produce como consecuencia de la violación de los deberes del ciudadano frente a la colectividad estatal, mientras que la responsabilidad disciplinaria se produce por la infracción de los deberes ciudadanos como una institución particular, con la que mantiene una relación de supremacía especial, por tanto, no se trata de sanciones de la misma naturaleza, sino de que la primera es el género de la otra y por tanto, se nutren de un mismo procedimiento administrativo, pero son distintas...”.*

En razón de los argumentos expuestos, solicitó se declare sin lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

## VI

### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto del recurso de nulidad incoado por la ciudadana

Ziomara Del Socorro Lucena Guédez contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00), por cuanto en su condición de Concejal del Municipio Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, ratificó con su voto, siete órdenes de pago, mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

Precisado lo anterior, y visto que los actos administrativos impugnados tienen como base legal el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala estima pertinente analizar en primer término la constitucionalidad de la disposición *in commento*, para lo cual considera indispensable esbozar algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, así como del instrumento legal a través del cual se erige el desarrollo de sus atribuciones. En tal sentido, observa:

La Contraloría General de la República es un órgano de rango constitucional que forma parte del Poder Ciudadano, Poder Público este que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene como fundamento teleológico el Proyecto de Constitución presentado por el Libertador Simón Bolívar al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, bajo la idea de crear un Poder Moral como “...*institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse < lo que se haya corrompido en la República, que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos >...*”, teniendo entre sus misiones “...*velar por la educación de los ciudadanos, en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución y a las instituciones republicanas, sobre la base de que < si no hay un respeto sagrado por la patria, por las leyes, por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo >...*” .

Precisamente, inspirado en las ideas del Libertador, y adaptándolas a nuestros tiempos, el Constituyente de 1999 crea el Poder Ciudadano, el cual se ejerce a través del Consejo Moral Republicano, integrado por el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del

Pueblo (este último órgano instaurado *ex novo* en el nuevo Texto Constitucional), los cuales tendrán a su cargo “...*la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa...*”; además de velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, por el cumplimiento y aplicación del principio de legalidad en toda la actividad administrativa del Estado (artículo 274 del Texto Constitucional)

Por su parte, la Contraloría General de la República se presenta así como el órgano que tiene a su cargo “...*el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo...*”; para lo cual goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y cuya actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control (artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Las competencias que tiene atribuida la Contraloría General de la República, dejan en evidencia su importancia dentro de la estructura organizativa y funcional del Estado, cuyas tareas se refieren a áreas esenciales de la Hacienda Pública, tales como: ingreso público, gasto público, presupuesto público y crédito público; correspondiéndole al mismo tiempo, ser el ente rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, conformado por un entramado de órganos, estructuras y procesos que coordinadamente se orientan a lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control fiscal, los cuales tienen como objetivo procurar un mejor funcionamiento de la Administración Pública y el manejo ético y transparente de los recursos del Estado.

Ahora bien, a los fines de alcanzar el cumplimiento de las atribuciones que el Texto Constitucional le asigna a la Contraloría General de la República, el Constituyente dispuso desarrollar, a través de una ley, todo lo relativo “...*a su organización y funcionamiento...*”. Fue así como a través de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada el 17 de diciembre de 2001, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347, se materializó un amplio desarrollo de todas sus atribuciones dentro de la cual se encuentra la potestad sancionatoria que posee sobre los órganos respecto de los cuales ejerce sus competencias y que tiene su fundamento en el artículo 289, cardinal 3 de la Carta Magna, al establecer como una de sus facultades la imposición de “...*reparos y aplicación de sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley...*”.

La existencia de esta potestad sancionatoria a favor de la Contraloría General de la República y de los órganos que integran el sistema nacional de control fiscal (Contraloría de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional y las Unidades de Auditoría Interna descrita en la Ley), se encuentra adminiculada con la “...*ética y la responsabilidad social...*” como valores supremos del Estado venezolano previstos en el artículo 2 Texto Fundamental, y con

los principios de “...*honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública...*”, que rigen el desempeño de la Administración y que se encuentran previstos en el artículo 141 *eiusdem*.

En el presente caso, se cuestiona el ejercicio de las facultades sancionatorias otorgadas por ley al Contralor General de la República, fundamentalmente la relativa a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

En tal sentido, la Sala observa:

El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece lo siguiente:

*“Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos, del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes...”*

En primer término, la parte recurrente alega en su escrito de alegatos, así como en audiencia oral y pública, que la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, produjo la violación de su derecho a la defensa, al debido proceso, al principio de tipicidad, así como al principio *non bis in idem*.

En este orden de ideas, la Sala aprecia que el ejercicio de esa potestad sancionatoria solo puede verse materializada previa instauración de un procedimiento administrativo, concretamente el previsto en el Capítulo IV del Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual, en atención a lo establecido en el artículo 93 *eiusdem*, puede culminar con la declaratoria de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esa Ley.

El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, está conformado básicamente por tres etapas, a saber: la primera de ellas una fase investigativa, la cual, a tenor de lo

establecido en el artículo 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es ejercida sólo cuando existen méritos suficientes para ello, pudiendo en esta fase el órgano de control fiscal, ordenar la comparecencia de cualquier persona para tomar su declaración, solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, empleados y obreros del sector público, a los particulares que hubiesen desempeñado tales funciones, a los contribuyentes o responsables, según las previsiones del Código Orgánico Tributario y a quienes en cualquier forma contraten, negocien, o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales.

Las investigaciones a que se refiere esta etapa tienen carácter reservado y de las actuaciones que se efectúen se formará un expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, podrá ordenar el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda.

Ahora bien, si en el curso de la investigación el órgano de control fiscal imputase a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad, éste órgano estará obligado a informarle de manera específica y clara de tales circunstancias, permitiéndosele el acceso inmediato al expediente, admitiendo la promoción de todos los medios probatorios indispensable para su defensa.

Una vez culminada la fase investigativa y en el caso de que el informe presentado por el órgano de control fiscal sugiera que existen elementos de certeza o pruebas que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, se procederá al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el artículo 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La segunda etapa del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, se inicia formalmente con el auto de apertura, el cual contendrá la identificación del sujeto presuntamente responsable y los correspondientes elementos probatorios, de cuyo contenido se comprometa, presumiblemente, su responsabilidad. El auto de apertura deberá ser notificado al imputado, a fin de ponerlo a derecho a los efectos del procedimiento, disponiendo de quince (15) días siguientes a su notificación, para proceder a señalar las pruebas que producirá en el acto público que se fijará mediante auto expreso el día hábil siguiente al vencimiento del plazo antes mencionado, y mediante el cual se indicará que en el décimo quinto (15°) día hábil siguiente, tendrá lugar el acto oral y público que se realizará ante el titular del órgano de control interno o su delegatario.

Luego de haberse realizado el acto oral y público, la autoridad competente (el órgano de control interno o su delegatario), procederá a decidir el mismo día o en el día hábil siguiente en forma oral y pública, si formula reparo al imputado, declara su responsabilidad administrativa, le impone una multa, lo absuelve o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda. Dicha decisión deberá ser consignada por escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes después de pronunciada de forma oral.

En los casos en que se acuerde no formular el reparo o revocarlo por no existir daño al patrimonio del ente (sea en sede administrativa o jurisdiccional), el órgano contralor deberá pronunciarse sobre la existencia de alguno de los supuestos de responsabilidad administrativa establecidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo caso el órgano de control fiscal que ventiló el procedimiento deberá sin más trámites declarar la responsabilidad administrativa, lo que implicará la imposición de una multa, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 *eiusdem*.

Resulta imperioso destacar que una vez acordada en esta segunda etapa del procedimiento disciplinario alguna de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como sanciones principales obtenidas a través de la instauración de un procedimiento previo en el cual se ha garantizado el derecho a la defensa y al debido proceso del administrado-investigado, el Contralor General de la República se encuentra facultado, en atención a lo establecido en el artículo 105 *eiusdem* para acordar una sanción accesoria, que puede consistir en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable e imponer, en atención a la irregularidad cometida, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

Conforme a lo anterior y luego de una interpretación concatenada del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal con las disposiciones de la misma Ley que instrumentan su aplicación, encuentra la Sala que el mismo no revela en modo alguno violación al derecho a la defensa y al debido proceso, visto que el procedimiento descrito con anterioridad ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de

estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente. Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que “*...no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...*”.

El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

*“...la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial. En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina norma en blanco, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia.”*

Asimismo, en sentencia N°1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la

discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Político Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

*“...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido...”*

*Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar...”*

En consecuencia de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una “norma en blanco”, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.

En la disposición cuya nulidad se pretende -se insiste- no se evidencia violación al derecho de defensa. En efecto, el Capítulo IV (arts. 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), establece un procedimiento administrativo que garantiza el derecho de defensa del imputado de responsabilidad administrativa, en armonía con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es necesario -como bien lo dispone el artículo 105 *eiusdem*- el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito demostrado durante el procedimiento de declaración de responsabilidad y el ente sancionador es siempre la Contraloría General de la República.

La situación sería diferente si el ente sancionador invocara un ilícito distinto para sustentar o aplicar la sanción accesoria, ya que en ese caso resultaría indispensable para el órgano sancionador la instauración de un nuevo procedimiento en el cual le garantizase al funcionario investigado su derecho al debido proceso y a la defensa.

En razón de lo anterior, no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el principio **non bis in idem**, esta Sala Constitucional precisó en la sentencia N° 1394/2001, cómo debe ser entendida su violación cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales. En efecto según este fallo:

*“...se debe destacar que siendo el principio **non bis in idem**, un límite insuperable, no pudiendo en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. Así en una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 30 de enero de 1981 (Curso de Derecho Administrativo, I y II, p. 171. 'García De Enterría') donde dicho Tribunal deduce '...que el non bis in idem - 'principio general del derecho'- se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se ubica íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución’.*

*Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio **non bis in idem**, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades -autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el 'ius puniendi' de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal- a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma manera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único en base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuida las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.*

*En todo caso, se hace necesario que en la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración se le deba exigir el cumplimiento del principio de legalidad penal, no sólo, en la tipificación de la infracción, sino en los topes de las sanciones, identificando además, la naturaleza de la pena y la sanción sobre la idea común de la privación de un bien jurídico, en especial de rango constitucional.*

*Ello ocurre, sin lugar a dudas en el contenido del Código de Policía del estado Bolívar.*

*En definitiva, como acertadamente expone el catedrático español Alejandro Nieto: 'si el verdadero problema es de policía legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, es si conviene tipificarlo como delito como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente'...*”.

De las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que no existe violación al principio **non bis in idem** en la aplicación de las sanciones accesorias, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y así se declara.

En lo concerniente a la imposibilidad de aplicar las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por

violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es preciso indicar que el artículo 289 de la Carta Magna establece que la Contraloría General de la República, puede aplicar sanciones administrativas de conformidad con la ley (lo cual se precisa en el artículo 105 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia 2444 del 20 de octubre de 2004 (caso: *Tulio Rafael Gudiño Chiraspo*), consideró que no podía ser destituido del cargo un funcionario de elección popular, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin embargo, la sentencia *supra* fue objeto de una aclaratoria, solicitada por los representantes de la Contraloría General de la República, en decisión N° 1056 del 31 de mayo de 2005, que ratifica el fallo aclaratorio N° 174 del 8 de marzo de 2005, en los siguientes términos:

*“...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, ratificó la universalidad del ejercicio de la función contralora, y precisó en el artículo 9 los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, esto es, entre otros, a todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular.*

*Esta Sala Constitucional decidió en su sentencia N° 2444 del 20 de octubre de 2004, en relación con los funcionarios públicos de elección popular, que si bien la declaratoria de responsabilidad administrativa apareja ineludiblemente la aplicación de la sanción de multa junto con otras sanciones, entre ellas: la suspensión del cargo sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, le asistía la razón 'al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesto por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura'.*

*Esta conclusión se deriva del hecho cierto de que los derechos al sufragio activo y pasivo constituyen el eje del sistema democrático estatuido en nuestra Carta Magna, y la posibilidad de que el mandato conferido se interrumpa de manera definitiva a través de una sanción de naturaleza administrativa, implicaría 'un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático'.*

*En efecto, en materia de ejercicio de derechos, en este caso políticos, muy vinculados al carácter participativo del gobierno del Estado venezolano, las excepciones y/o restricciones son de derecho constitucional estricto y nuestra Constitución sólo dispone de dos medios para terminar anticipadamente el mandato o representación (salvo, por supuesto, la muerte o la renuncia). Estos son: el enjuiciamiento por delitos comunes o políticos -artículo 266- y la revocatoria del mandato -artículo 72-, una de las innovaciones de la nueva Carta Magna que confiere, precisamente, el carácter participativo a nuestra democracia.*

*En consecuencia, dicho fallo concluyó que en vista de que el acto administrativo accionado en amparo, es decir la Resolución N° 01-00-019 del 23 de enero de 2004, dictado por el Contralor General de la República 'no fue producto del establecimiento de una*

*responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano', por lo que declaró con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.*

*Ahora bien, mediante sentencia N° 174 del 8 de marzo de 2005, la Sala declaró parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada en relación al fallo N° 2444, precisando que la 'inhabilitación para ejercer cualquier función pública contenida en las Resoluciones dictadas por el Contralor General de la República comienzan (sic) a surtir efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones' lo que impedía "al representante popular afectado optar a la reelección en el venidero proceso comicial'.*

*Esta aclaratoria es absolutamente congruente con las argumentaciones explanadas y se compadece con la naturaleza de la inhabilitación cuando se trata de cargos de investidura popular. Efectivamente, la doctrina española ha sido pacífica y conteste en el sentido de considerar la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo como una "inhabilitación especial" que priva al penado, o sancionado agrega la Sala, del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena o, en este caso, de la sanción administrativa (Vid. Bleuca Grafa, R., Rodríguez-Villasante Prieto, J.L., y Otros, Comentarios al Código Penal Militar, Madrid, 1986; Días Roca, R., Derecho Penal General, Madrid, 1996; Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., y Prats Canut, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996; Muñoz Conde, F., y García Aran, M., Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1996, y Vives Antón, T.S., y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996).*

*Teniendo en cuenta ello, no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses...". (Subrayado de este fallo)*

Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII (R-S) pág. 294, "la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad".

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (ver Diccionario Jurídico Espasa LEX, págs. 776 y 902).

De igual manera, el mismo Diccionario de la Lengua Española (pág. 1277), si bien alude en su primera

acepción a la inhabilitación como la “*pena o castigo que priva de algunos derechos*”, lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la “*incapacitación para ejercer diversos empleos*”, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que “*...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...*”, esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al *ius puniendi* del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.

Al respecto, esta Sala, en sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) estableció que:

*“...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.*

*En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.*

*Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.*

*Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el*

*fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo).*

*En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.*

*Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...”.*

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara.

En relación a la presunta contradicción entre el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 42 constitucional, es preciso destacar que este último está contenido en la Sección Segunda (De la Ciudadanía) del Capítulo II (De la nacionalidad y de la ciudadanía) del Título III (De los derechos humanos, garantías y de los deberes) de la Constitución.

Es decir, que esta disposición no está en el Capítulo IV, referente a los derechos políticos. Esta observación preliminar es muy importante para determinar el alcance de la norma, pues el análisis que de ella se haga debe ser sistemático y no aislado. La Sección Segunda está referida a la ciudadanía, es decir, a la condición -en principio- privativa de los venezolanos de ejercer derechos políticos como el sufragio activo y el pasivo.

Las disposiciones de la Sección Segunda precisan, entre otras cosas, la igualdad entre venezolanos por nacimiento y por naturalización a los efectos de la titularidad de los derechos políticos, salvo las excepciones contempladas en el artículo 41 –que determina los cargos que solo pueden ser ejercidos por los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad-, la inhabilitación política y la interdicción civil (art. 39).

Ahora bien, de lo señalado se deduce que un venezolano puede perder total o parcialmente, temporal o permanentemente, o no ser titular de algún derecho político (como se evidencia de lo previsto en los artículos 39 y 41). Pero también los extranjeros pueden ser titulares de derechos de ciudadanía, como puede advertirse del artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que extiende el

derecho activo de sufragio para elecciones parroquiales, municipales y estatales a los extranjeros con más de diez (10) años de residencia en el país.

En consecuencia de lo expuesto, la previsión contenida en el artículo 42 debe necesariamente vincularse e interpretarse en función de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. Literalmente, quien renuncia a la nacionalidad (originaria o adquirida) o la pierde (por revocatoria de la naturalización), pierde la ciudadanía, sea esta plena –en el caso de los venezolanos por nacimiento, mayores de edad, no entredichos ni inhabilitados- o parcial en el caso de naturalizados o extranjeros.

Lógicamente, la pérdida de esta nacionalidad -adquirida, pues si no es por renuncia la originaria no se pierde- debe darse por decisión judicial, así como la pérdida de los derechos de ciudadanía -parcial- que el ex-nacional detentaba antes de la revocatoria de la carta de naturaleza.

Lo expuesto se confirma en la imposibilidad de privación de nacionalidad venezolana por nacimiento, expresamente contenida en los artículos 35 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y en lo dispuesto en el artículo 36 *eiusdem* que precisa que la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización solo puede hacerse mediante sentencia judicial, todo de conformidad con al artículo 35 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En conclusión, el artículo 42 *in fine* se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de dicho fallo- la pérdida de los derechos políticos. Es decir, que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que “*el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley*”, esta refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y así se declara.

Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en al artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de

principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la “reglamentación” de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 *eiusdem* admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que “*los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la “*Convención Americana sobre los Derechos Humanos*”, restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más “favorable” que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que “*...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema*

*jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...”.*

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).

Agrega el fallo *in commento* que, “*En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*” (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que “*...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...*”.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de

las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. Les forces créatrices du droit. Paris. LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano.

Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (*verfassungswidrig*) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne naturecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 *eiusdem*” (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la “*interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la “Convención Americana sobre derechos humanos”. Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitución Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación

y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “*imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley*” (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

Por último, en lo concerniente a la presunta aplicación retroactiva del 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 de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, por parte del Contralor General de la República, al imponerle a la recurrente la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, cuando dichas sanciones no se encontraban vigentes para el momento en que se suscitaron los hechos objetos de investigación, esta Sala observa:

El artículo 117 de la Ley *in commento* (disposiciones transitorias) establece que “...*los procedimientos administrativos para la determinación de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la formulación de reparos, que se encuentran en curso para el momento de entrada en vigencia de esta Ley se seguirán tramitando conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)...*”.

En el caso de autos, la apertura de la averiguación administrativa se produjo de acuerdo a lo dicho por la parte actora “...*el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001...*”, concretamente el 21-12-2001, según se desprende del folio 65 del expediente, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, ya que la hoy vigente data del 1 de enero de 2002 (vid. artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

En razón de lo anterior, no existe duda de que la ley vigente para el momento del inicio de la investigación, tal como se ha, señalado era la ley hoy derogada del 13 de diciembre de 1995. No obstante, a pesar de que el acto emanado del Contralor General de la República (Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005), por medio del cual se confirmó la destitución y la inhabilitación impuestas a la recurrente alude al artículo 105 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el mismo también se fundamenta en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de 1995, de análogo contenido, aplicable *ratione temporis*, por lo que mal podría arribarse a la conclusión de que en el presente caso hubo una aplicación retroactiva de la ley, máxime cuando la sanción de inhabilitación impuesta no rebasó el límite establecido en la ley (derogada), aplicable en el

tiempo al caso de autos. En consecuencia, no existió aplicación retroactiva de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual resulta forzoso para este órgano jurisdiccional desechar por manifiestamente infundado tal argumento; y así se decide.

Por las razones antes expuestas esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al encontrar que los argumentos de la parte recurrente no desvirtuaron la presunción de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, declara sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, contra la norma antes referida. Así se declara.

Por lo que respecta a la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares contenidos en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00); la Sala encuentra que al ajustarse a la Carta Magna la norma que sirvió de fundamento a los mismos (es decir, al no verificarse el vicio de ausencia de base legal), no puede entrar a su análisis de manera autónoma sin que ello implique invadir las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse de actos de rango sublegal, los cuales -se insiste- sin la previa determinación de la inconstitucionalidad de su fuente normativa directa, mal pueden ser conocidos por esta instancia constitucional, tal como ya ha sido por la Sala en fallos precedentes, en particular el N° 825/2004. Así se declara.

En cuanto a la solicitud de medida cautelar y la oposición formulada a la misma por los representantes de la Contraloría General de la República, esta Sala estima inoficioso emitir un pronunciamiento al respecto por haberse decidido el juicio principal del cual dicha solicitud resultaba accesoria. Así se decide.

## DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República por autoridad de la ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto por la ciudadana **ZIOMARA DEL SOCORRO LUCENA GUÉDEZ** contra 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 de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de

diciembre de 2001.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 05 días del mes de agosto de dos mil ocho (2008). Años: 198° de la Independencia y 149° de la Federación.

La Presidenta,

**Luisa Estella Morales Lamuño**

El Vicepresidente,

**Francisco Antonio Carrasquero López**

**Jesús Eduardo Cabrera Romero**

Magistrado

**Pedro Rafael Rondón Haaz**

Magistrado

**Marcos Tulio Dugarte Padrón**

Magistrado

**Carmen Zuleta de Merchán**

Magistrada

**Arcadio Delgado Rosales**

Magistrado-Ponente

El Secretario,

**José Leonardo Requena Cabello**

**Exp. 05-1853**

**ADR/**

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como punto previo, se observa que el artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (sic) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala

correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante la claridad del texto de la norma, se observa que, en el caso de autos, fue desacatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 12 de agosto (3 días de despacho desde el martes 5 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1. La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el procedimiento administrativo que se sigue ante la Contraloría General de la República y que culmina con la declaración de responsabilidad administrativa “*ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses*” frente a la sanción que, posteriormente a esa declaratoria, podrá imponer el Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó.

El voto salvante considera, por el contrario, que la norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

2.1.1 El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que “*el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...*”.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo

o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a “*la entidad del ilícito cometido*” o a “*la gravedad de la irregularidad cometida*”, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añade- o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

..., el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que “la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso” (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad administrativa- lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de

responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal-, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria- el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal- y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pié, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.2. En segundo lugar, la sentencia que antecede desestimó la violación al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que en la norma que se impugnó están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que “*la potestad discrecional del órgano contralor no es una ‘norma en blanco’, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica*”.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera que sí se agravió el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

Artículo 49. El debido proceso **se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas**; en consecuencia: / (...)

6. Ninguna persona podrá ser sancionada **por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes** (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente– en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO “*la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*” (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, “*según la gravedad de los hechos*”, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede

afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “accesorias” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo–, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal.

Al respecto, se razonó que “...los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX). / Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza ‘administrativa’ (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina ‘potestades discrecionales’, por oposición a las ‘potestades vinculadas o regladas’. En efecto, la ‘potestad discrecional’ no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.”

En efecto, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, pero en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irracional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aun desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contralor General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso. La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, constitucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

Muy lejos de la realización del análisis pertinente, la sentencia de la que se aparta el salvante

se pierde en disquisiciones acerca de puntos que no fueron planteados, como una supuesta pretensión de nulidad “*por el solo hecho de contener una potestad discrecional*” que no fue planteado por los co-demandantes, como forma de elusión de resolución de los sólidos argumentos de la parte actora, no en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la potestad discrecional sino a la violación del principio de tipicidad.

2.3 En tercer lugar, por lo que respecta a la denuncia de violación al principio *non bis in idem*, quien difiere no puede dejar de destacar que la sentencia que antecede se dedicó al análisis del supuesto de existencia o no de vulneración a este principio cardinal del derecho sancionador cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales pese a que, en el caso de autos, lo que se planteó fue la ilícita acumulación de varias sanciones administrativas por un mismo hecho, circunstancia que ni siquiera fue mencionada, en un nuevo ejercicio interpretativo que no se corresponde con lo que fue controvertido, de una manera que lo que busca es que se pierda de vista el verdadero objeto del proceso.

En todo caso, en criterio de quien se aparta del acto decisorio en cuestión, para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “accesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pié, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.4. En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó la delación del agravio a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. Quien discrepa es de la opinión de que la norma que se impugnó sí contradice dichos preceptos constitucionales y considera que debió dárseles la siguiente interpretación:

2.4.1 Ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado la Sala acerca del alcance subjetivo de la potestad sancionadora que al Contralor General de la República otorgó el artículo 105 de la Ley

Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con los funcionarios de elección popular. Así, ya la Sala ha expresado que esa Ley ratificó el principio de universalidad del ejercicio de la función contralora que recogen los artículos 287 y 289 de la Constitución de 1999 y que precisó, en su artículo 9, los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otros, todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, **“lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular”** (Sentencia n.º 1056 de 31 de mayo de 2005). De esta manera, se parte de la premisa de que todos los funcionarios públicos, incluso aquellos que han sido electos popularmente, están incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley.

Ahora bien, esa inclusión, en modo alguno, puede significar una merma de los derechos fundamentales y de las prerrogativas que esa investidura popular confiere a ciertos funcionarios. Por esa razón, mediante fallo n.º 2.444 de 20 de octubre de 2004, la Sala señaló:

...ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de **cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular**, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (Vid. Sent. N.º 812/2003 de 15 de abril).

En esa oportunidad, para garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala desaplicó el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio, por ser opuesto a lo preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza (Destacado añadido).

Con fundamento en ese razonamiento, la Sala concluyó en esa oportunidad, que:

**La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio.** Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con

ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esas circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

**Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático.** No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno (Destacado añadido).

Posteriormente, mediante decisión n.º 174 de 8 de marzo de 2005, con ocasión de una aclaratoria que se solicitó respecto de la sentencia que anteriormente se citó, la Sala precisó que los límites de la potestad sancionadora que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se refieren a la suspensión y destitución de los funcionarios electos popularmente. Asimismo, y aun cuando no fue objeto de un análisis de fondo la constitucionalidad de la sanción de inhabilitación que recoge esa norma legal, la Sala afirmó la “*plena vigencia*” de la sanción de inhabilitación y señaló que la eficacia de esa sanción quedaría en suspenso hasta cuando venciese el período para el cual hubiera sido electo el sancionado, o desde cuando cesare en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones:

...en el fallo cuya aclaratoria se solicita se hizo señalamiento expreso de cuál era el alcance del amparo concedido, esto es: sólo con respecto a la destitución o suspensión del cargo, según sea el caso, **lo cual no deja margen de dudas que la inhabilitación para ejercer alguna función pública contenida en el acto administrativo accionado en amparo se encuentra plenamente vigente**, pero con algunas precisiones adicionales acerca de la oportunidad en que comienza a surtir sus efectos legales. /(...)

...el mandato constitucional contenido en la sentencia N.º 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que **la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones**, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación (Destacado añadido).

Por último, en fallo n.º 1056 de 31 de mayo de 2005 –con voto salvado de quien hoy también disiente–, nuevamente a través de aclaratoria, la Sala precisó que la única sanción proscrita respecto de los funcionarios de elección popular es la destitución del cargo, ratificó que la inhabilitación tiene vigencia pero con eficacia a futuro –luego del vencimiento del período para el cual se haya elegido al funcionario–, y que la

suspensión temporal procederá siempre que el funcionario no goce del beneficio de antejuicio de mérito:

...no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses.

(...) respecto a la eventual suspensión de funcionarios de elección popular, con fundamento en la declaratoria de responsabilidad administrativa y en atención a la gravedad del ilícito cometido (artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), esta Sala debe hacer una distinción con fundamento en lo dispuesto en el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. /(...)

Como quiera, en consecuencia, que la sanción de suspensión del ejercicio del cargo implica, a su vez, la imposibilidad de ejercer los derechos políticos que le corresponden a su investidura, lo cual sólo es posible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando sean “cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento”; esta Sala considera que aquellos funcionarios de elección popular que se encuentren amparados por la institución del antejuicio de mérito; a saber: el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los integrantes de la Asamblea Nacional, no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto este Tribunal Supremo de Justicia, en sala Plena, declare que hay mérito para su enjuiciamiento. Los demás funcionarios de elección popular a nivel estatal o municipal, por no gozar de esta prerrogativa, podrán ser suspendidos con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

En definitiva, las consideraciones que se mantuvieron en los veredictos anteriores se recogieron en el fallo n.º 1581 de 12 de julio de 2005 –también con voto salvado de quien hoy disiente-, de la siguiente manera:

Para determinar el alcance del ejercicio de la potestad sancionadora que tanto la Constitución como la ley atribuyen a la Contraloría General de la República, en aquellos casos en los cuales el sujeto pasivo de dicha potestad es un funcionario que ejerce un cargo de elección popular, es menester considerar lo siguiente:

Siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que se constituye en una democracia participativa, electiva, descentralizada, alternativa, responsable, pluralista y de mandatos revocables, según informa el artículo 6 del Texto Constitucional, resulta consustancial a ello que el Poder Público sea ejercido por ciudadanos que hayan recibido, por voluntad del pueblo, el encargo de hacerlo; a esta delegación del poder que reside intransferiblemente en el pueblo, se le denomina mandato representativo.

Así pues, los sujetos que ejercen la representación política de los ciudadanos en los diversos órganos legislativos en los ámbitos nacional, estatal y local (diputados, legisladores y concejales), constituyen instrumentos de los ciudadanos para ejercer su derecho de participación en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Concebida así, la representación política es, ante todo, una creación normativa, una situación jurídica o cualidad que existe siempre que el Texto Fundamental la atribuya y con las responsabilidades y limitaciones que la ley impone. En consecuencia, es el ejercicio de esta representación popular la que le permite a los sujetos que la ostentan ejercer potestades públicas en nombre de un colectivo (soberanía popular) vinculado políticamente a una entidad territorial en particular (República, Estado o Municipio).

Por lo antes dicho, para establecer los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, con respecto a dichos sujetos, en virtud de que la pérdida de su investidura y la suspensión en el ejercicio del cargo sólo puede producirse por las causas establecidas en la Constitución y en la ley, resulta ineludible el análisis del régimen constitucional y legal aplicable a esta categoría de funcionarios públicos.

En tal sentido, tenemos que, de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el régimen de los integrantes de los consejos legislativos de los Estados se regirán por la normas que la Constitución establece para los diputados de la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables, y dispone que la ley nacional regulará el régimen y el funcionamiento de los aludidos órganos legislativos.

Por su parte, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contempla dentro de su articulado normas que expresamente regulen dicha situación. Sin embargo, del análisis sistemático de la dogmática constitucional referida a los legisladores de los consejos legislativos de los Estados, puede inferirse que el cese en el ejercicio de los mencionados cargos de elección popular puede darse por las siguientes circunstancias: 1) la finalización del mandato por el transcurso del tiempo, por haber finalizado el período de cuatro años previsto en el artículo 162 de la Constitución; 2) por muerte del titular del cargo; 3) por renuncia voluntaria (numeral 20 del artículo 187 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 162 eiusdem; 4) por renuncia presunta cuando el parlamentario acepta un cargo público de los no exceptuados por el artículo 7 de la Ley Orgánica de lo Consejos Legislativos de los

Estados, siempre que no suponga dedicación exclusiva; 5) por inhabilitación judicial sobrevenida, ya sea por pérdida de la ciudadanía, por inhabilitación política por haber sido condenados por delitos durante el ejercicio de sus funciones u otros que afecten el patrimonio público, supuesto de inelegibilidad prevista en el artículo 65 de la Constitución; y, 6) por la revocatoria de su mandato en virtud del referendo previsto en el artículo 72 eiusdem.

Además de las causas que conllevan a la pérdida de la investidura como legislador, antes señaladas, del examen de las competencias que el artículo 187 del Texto Fundamental confiere a la Asamblea Nacional tenemos que entre éstas, el numeral 20 de la norma aludida, prevé la posibilidad de separación temporal de un diputado del ejercicio del cargo, es decir, que la Constitución admite la suspensión momentánea del ejercicio de los cargos de representación popular. Aunque el artículo 15 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contemple expresamente dicha atribución dentro de las competencias de los órganos legislativos de los Estados, sin duda, tal posibilidad resultaría conforme a la Constitución en virtud de la aplicación supletoria del régimen establecido para los diputados de la Asamblea Nacional, previsto por el artículo 162 del Texto Fundamental.

Ahora bien, es importante hacer la distinción entre los efectos que tiene la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular que no tiene suplentes elegidos en los mismos comicios (como serían el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes), de aquellos que si lo tienen, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de dicha situación son diferentes.

En efecto, el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prevé para la elección de diputados nominales al Congreso de la República (hoy Asamblea Nacional) y a las Asambleas Legislativas (hoy Consejos Legislativos de los Estados) que “Cada organización política postulará tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos”. Por su parte, el artículo 15 eiusdem dispone para los candidatos a dichos cuerpos legislativos postulados por lista que “...una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de lista”.

De este modo, el legislador dispuso la elección, en el mismo acto comicial, del doble de suplentes por cada parlamentario principal, tanto para los elegidos por votación nominal como para los elegidos mediante listas. De manera que, las contingencias que pudieran afectar el desempeño individual en el cargo de la persona favorecida por la voluntad del soberano, no afecte, por una parte, el normal desarrollo de las funciones del órgano legislativo y, por la otra, la representación política de los ciudadanos.

Así pues, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de diputado, legislador o concejal, en ningún caso puede asimilarse a los efectos producidos por la pérdida de la investidura o asemejarse a las consecuencias que produciría la suspensión del ejercicio del cargo del Presidente de la República, los gobernadores de Estado o los alcaldes, por cuanto,

cada uno de los diputados a la Asamblea Nacional y legisladores integrantes de los Consejos Legislativos cuentan con sus respectivos suplentes, los cuales, han sido igualmente elegidos por votación popular y, en consecuencia, también ostentan el mandato representativo de los ciudadanos. Por consiguiente, la suspensión pro tempore del ejercicio del cargo, de ninguna manera, menoscaba el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes elegidos, previsto en el artículo 62 de la Norma Fundamental, ni implica riesgo alguno de pérdida del equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático.

Así pues, de acuerdo con el sistema electoral previsto para elegir a los integrantes de los órganos legislativos de los distintos niveles del Poder Público (nacional, estatal y municipal), en virtud de que tanto los principales como los suplentes incorporan una representatividad popular directa, dicha circunstancia supone que la sustitución de los principales por sus respectivos suplentes, no altera el nexo elección-representación que sustenta el carácter representativo de dichos cargos, ni afecta la relación derivada de la elección popular y, por consiguiente, tal sucesión tampoco menoscaba el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos.

En consecuencia, el criterio que ha sostenido esta Sala en relación con el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a los funcionarios de elección popular, es que tales funcionarios se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la potestad fiscalizadora de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. No obstante, en tales precedentes, la Sala no sentó criterio sobre el argumento que se trajo en esta oportunidad con relación a la violación de los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, se observa que el artículo 42 de la Constitución dispone:

Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley (Subrayado añadido).

Quien suscribe este voto no puede menos que disentir enfáticamente de la interpretación que dio la mayoría sentenciadora a ese artículo constitucional, cuando afirmó que “... *el artículo 42 in fine se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de ese fallo- la pérdida de los derechos políticos. Es decir que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que ‘el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley’, está refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de nacionalidad y Ciudadanía*”.

Resulta sorprendente la inversión de las reglas universales de la interpretación; de las propias

de la lógica formal y de las especiales atinentes a las normas constitucionales y a los derechos fundamentales.

En efecto, la mayoría, en forma difícil de entender, hizo una lectura “al revés” del articulado del Capítulo II del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 39 al 42), mediante la cual fue de lo particular a lo general para la restricción al máximo del ámbito de aplicación de la norma cuya violación se delató, en vez de ir de lo general a lo particular para desentrañar su sentido a través del contexto, pese a que estaba obligada a encontrar la interpretación más progresista y favorable al ejercicio de los derechos fundamentales que se encuentran en juego (derechos políticos) y, en forma inversamente proporcional, la interpretación más restrictiva del límite al ejercicio de tales derechos que recoge el artículo 42 constitucional cuando señala que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En cambio, no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “*de derechos y deberes políticos*”, “*de acuerdo con e(sa) Constitución*” (artículo 39) -y no de conformidad con la ley (reserva constitucional)-, Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aun cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, *sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley*, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y

de acuerdo con la gravedad del delito.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, **con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional**, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de *aptitud* (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular-, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme- sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp.39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin*

*potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.”*

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas*. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia n.º 340 de 9 de marzo de 2004. Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de *aptitud* que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal** (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius puniendi* del Estado, los autores españoles EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ señalan:

..., no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...) y las privativas de otros derechos civiles y políticos” (Cfr. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que *“declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela”*, para lo cual el Pleno sostuvo que *“...visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.º 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...”* (subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: *“Intentar las **acciones** a que hubiere lugar para hacer efectiva la **responsabilidad** civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.”*

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: *“Der. Derecho que se tiene a pedir una cosa **en juicio**.”* (*Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992). Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones*

*administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, el salvante no puede menos que deplorar las consideraciones que, para la desestimación de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se realizaron en relación su aplicabilidad y vigencia y, en particular, con respecto a la interpretación que ha de dársele al artículo 23.2 *eiusdem*; y, asimismo, sobre la explanación de una serie de observaciones concernientes a los límites de la aplicación de las normas del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno.

En conexión con tal punto, conviene la realización de las siguientes reflexiones:

En primer lugar, el fallo del cual se difiere partió de la errónea premisa de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) es una *“declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal”*.

El derecho internacional de los derechos humanos, pese a su corta existencia como cuerpo normativo autónomo, ha sufrido una evolución que, en palabras del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, ha marcado los límites y nuevas fronteras del Derecho Internacional en su relación con los derechos internos de una manera explosiva y expansiva. En el devenir de esa evolución progresiva, se ha desarrollado un conjunto de técnicas normativas de reconocimiento a los derechos humanos, así como de mecanismos procesales para su protección, entre ellos: declaraciones, tratados, resoluciones de las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (*soft law*), resoluciones y decisiones de los organismos especializados cuando conocen de denuncias o solicitudes de los Estados o bien de los individuos (Consejo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros).

En un primer momento del proceso evolutivo que se conoce como la *“internacionalización de los derechos humanos”*, que tiene su punto de inicio en la conclusión del aciago período que se vivió durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de Estados en su conjunto, *“considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencias”* (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948), optó por el reconocimiento expreso de los derechos que la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco) simplemente había enunciado como un objetivo básico de la cooperación interestatal en el seno de la

## Organización.

Ese primer paso fue dado a través de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que -como su nombre lo indica- fue, *ab initio*, un instrumento enunciador de un conjunto de principios carente de fuerza vinculante y normativa, pero que -posteriormente- adquiriría una enorme relevancia en la práctica de las Naciones Unidas, así como en el contexto de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de cada uno de los Estados, de que, en muchos particulares, su contenido ha cristalizado en costumbre jurídica internacional y, en otros, ha traducido en el convencimiento generalizado de que algunos de sus dispositivos constituyen normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La evolución histórica de ese proceso no acabó allí; así, posteriormente, prosiguió la convicción de los miembros de la comunidad internacional de que el simple reconocimiento a los derechos no era suficiente para el alcance de la eficaz vigencia de los derechos de la persona y que, por ende, era necesaria la profundización de los compromisos que fueron adquiridos a través de la adopción de tratados o convenciones especializados en materia de derechos humanos que crearan organismos de tutela que pudieran asistir al individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal. En un primer momento, esa etapa de avance en la positivización internacional se produjo a nivel regional (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [1950] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969]) y, luego, se expandió al ámbito universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus dos protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchas otras convenciones especiales).

En nuestro continente, se replicó esa misma dinámica de evolución en la cobertura normativa de los preceptos de tutela de los derechos humanos; así, muy tempranamente, en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948, la comunidad de Estados americanos adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y, dos décadas después, la Organización de Estados Americanos propiciaría la adopción del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Convención), la cual -a diferencia de lo que la mayoría sentenciadora apuntó- es un auténtico tratado internacional de reconocimiento y protección de derechos humanos y, como tal, fuente generadora de obligaciones internacionales para los Estados parte en dicho instrumento. A este respecto, es suficiente la remisión a la letra del artículo 1.1 de la Convención, que dispone: “**Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar las libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**” (Resaltado añadido).

Esta cláusula se ha reconocido como la espina dorsal sobre la que descansa el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el fundamento para la determinación y consecuente responsabilidad internacional para aquellos Estados que incumplieren con alguna de las disposiciones de la convención.

En opinión de quien difiere del fallo que precede, la norma en referencia implica que la obligación de los Estados de cumplimiento con el pacto se mantendría inalterada aun en el supuesto de que

dicho artículo no estuviere expresado en la Convención, pues éste es inmanente a todo tratado internacional ya que deviene de la suprema máxima *pacta sunt servanda*. De manera que, mal puede argüirse que el instrumento en referencia no obligue a alguna de las partes; en particular, como lo reconoce la mayoría sentenciadora, Venezuela depositó el instrumento de ratificación del tratado el 9 de agosto de 1977; así, desde ese momento, se comprometió a su ejecución de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y dicha ejecución ha de hacerse a tenor de un comportamiento de buena fe.

En otro orden de ideas, el veredicto antecedente se fundó sobre la errónea base de que la norma del artículo 23 de la Constitución de 1999 no permisa la aplicación del artículo 23.2 de la Convención, pues su incorporación normativa al plano constitucional no es “*absoluta ni automática*”.

El salvante estima que la inteligencia del artículo 23 es precisamente la contraria. Las normas de los tratados internacionales se aplican *siempre*, pues lo contrario sería hecho generador indubitable de responsabilidad internacional. Ahora bien, el problema que entraña la aplicación del artículo 23 constitucional alude a la jerarquía normativa de los tratados internacionales y no, como ya se expresó, a si estos se aplican o no en el ámbito interno. Dispone el artículo en referencia que los tratados de derechos humanos podrán tener, incluso, una aplicación preeminente a las normas dogmáticas del Texto Magno cuando establezcan un régimen de tutela más favorable que éstas, es decir, se ubican -en ese supuesto- en un plano jerárquico superior a las normas constitucionales.

De igual manera, interesa resaltar que las normas de protección a los derechos humanos forman parte del denominado “bloque de la constitucionalidad” en alusión a las normas dispersas que, en su conjunto, deben integrarse al Texto Magno.

Así, si una norma de la Constitución fuese contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esa disposición, en sí misma, sería generadora de responsabilidad internacional en atención a lo que dispone el artículo 2 de la Convención: “...*Los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Asimismo, ha de tenerse en cuenta que es un principio de Derecho Internacional general que ningún Estado puede excusarse del cumplimiento con alguna obligación internacional sobre la base de las disposiciones de su derecho interno; así, cuando exista alguna contradicción entre la Constitución y la Convención, el Estado de que se trate debe procurar la reforma del Texto Constitucional para que cumpla con la obligación que asumió en razón del artículo 2 de la última y ésta ha sido la experiencia de los países democráticos en nuestra región, como aconteció con el caso de la Constitución Política de Chile desde el juzgamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la película “*La última Tentación de Cristo*” (Caso: *Olmedo Bustos y otros contra Chile*) y de la Opinión Consultiva n.º 4 sobre la “*Propuesta de la Modificación a la Constitución Política de Costa Rica*”.

Asimismo, quien disiente rechaza enérgicamente el criterio conforme al cual la Convención reconoce sólo libertades civiles y políticas “*de corte clásico*” en un régimen de “*democracia formal*” y que, en consecuencia, la Constitución establece –en general- un régimen más favorable para el goce de los derechos humanos, por cuanto la garantía del Estado Social de Derecho ha superado la tutela que esa “*interpretación globalizante y hegemónica*” del régimen internacional de los derechos humanos

supuestamente propicia.

La mayoría sentenciadora olvida que el reconocimiento de los derechos debe, insoslayablemente, partir de la premisa de que estos son interdependientes y de que la división que de ellos se ha hecho por “generaciones” no es más que el reflejo de realidades históricas que se van sucediendo en el tiempo. La garantía del goce de todos los derechos humanos exige que los operadores jurídicos se aproximen a ellos con el auxilio de un enfoque holístico conforme al cual las distinciones entre categorías de derechos son odiosas para su cabal protección.

Esto fue entendido por RENÉ CASSIN, uno de los grandes ideólogos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando sostuvo que la supuesta escisión entre dos esferas de derechos no era más que un ejercicio académico, una vez que la Declaración Universal incluyó, junto con los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales pues, para él, el reconocimiento de los derechos se resumía en la concreción de un “*impulso continuo de lo individual a lo social*” (“*un élan continu de l’individuel vers le social*”).

Para quien rinde este voto salvado todos los derechos humanos confluyen de manera armoniosa, de tal forma que la violación a uno de ellos probablemente acarrea la negación de otros; así, de igual forma, en lo que respecta a su garantía. Piénsese un instante, por ejemplo, qué significaría el derecho a la libertad de expresión sin el derecho a la educación, del derecho a la circulación sin el derecho a la vivienda o del derecho a la participación política sin el derecho al trabajo. Esta óptica del problema de los derechos ha sido asumida por la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso sobre la base de las disposiciones de los artículos de la Convención que reconocen los derechos que el fallo antecedente impropriadamente cataloga como de “*corte clásico*”, ello sin siquiera apoyarse en la cláusula del artículo 26 convencional.

Así, por ejemplo, se ha interpretado el artículo 4 *eiusdem* que reconoce el derecho a la vida como dimanante de una obligación de abstención para los estados que consiste en no privar arbitrariamente a nadie de su vida, pero también de una obligación positiva de garantía de las condiciones de vida que hagan propicia la dignidad humana (“derecho a una vida digna”, en palabras de la Corte); bajo la segunda perspectiva, se han tutelado derechos sociales de múltiples grupos marginados o en condiciones de vulnerabilidad que han acudido a las instancias del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y que han encontrado tutela conforme a las disposiciones de este tratado, el cual, erróneamente, según esta Sala, no sería capaz de proteger derechos sociales. (Cfr. casos: Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua, Moiwana vs. Suriname, Saramaka vs. Suriname, Yakye Axa vs. Paraguay, Albán Cornejo vs. Ecuador, Yani Bosico vs. República Dominicana, entre tantos otros).

Asimismo, el argumento del fallo antecedente, conforme al cual la Convención no reconoce los derechos sociales, no es acertado por varias razones: i) Si bien Venezuela no es parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 29.d) de la Convención preceptúa que ésta no podrá interpretarse en el sentido de “*excluír o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”, de manera que, por cuanto tanto la Declaración -como otros tratados en los que Venezuela es parte (*verbigratia*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- contienen normas de protección a los

derechos sociales, las mismas podrían integrarse hermenéuticamente a la Convención Americana; ii) Como ya se dijo, los derechos individuales tienen también un cariz social y así lo ha reconocido expresamente la Corte Interamericana en el caso del derecho a la libertad de expresión (Cfr. caso: Ivcher Bromstein vs. Perú) y de los derechos políticos (Cfr. caso Yatama vs. Nicaragua).

En otro sentido, el salvante deplora que la Sala haya considerado que “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos*”, como justificación para la no aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando es lo cierto que el artículo 23 de la Constitución de 1999 sólo admite la prevalencia del derecho interno cuando éste contenga normas más favorables al goce o ejercicio de los *derechos fundamentales*, no así más favorables al interés general o colectivo (Cfr., además, el artículo 29 de dicha Convención).

Por último, sorprende sobremanera a quien rinde esta opinión las consideraciones de la mayoría sentenciadora en relación con la vinculación de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno, las cuales exacerban -a un grado superlativo-, la más cándida posición dentro de las doctrinas dualistas del Derecho Internacional, contemporáneamente en franco abandono.

Hoy día, es indudable que la Soberanía de los Estados pervive y debe pervivir como principio fundamental del Derecho Internacional; sin embargo, a nadie escapa que la noción contemporánea de dicho principio dista de manera ingente de la concepción sobre la que se fundó el derecho internacional clásico; es decir, un ámbito de poder absoluto e irrestricto sobre las personas que eran “*súbditas*” del Estado que se tratase. El mérito del remozamiento de la concepción del dogma de la Soberanía corre a cuenta, principalmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues en nuestro tiempo, afortunadamente, ningún Estado puede creerse con título omnímodo que lo habilite para tratar como quiera a sus “*ciudadanos*”, pues siempre habrá de hacerlo con respeto y acatamiento a los estándares mínimos del Derecho Internacional. Esa concepción humanista dentro de la esfera jurídica internacional constituye uno de los logros más preciados de la historia de la humanidad y sobre la base del mismo los gobiernos y los pueblos deben proseguir las luchas progresivas para el alcance de las metas tendientes a saldar las deudas que aún aquejan la conciencia del hombre contemporáneo. Es lamentable que la mayoría sentenciadora no se haya apercibido de esta inmovible realidad.

Pero aún más lamentable es que se haya echado mano de tan insostenibles y artificiosos argumentos para la elusión de lo ineludible: la claridad meridiana de la norma Americana -que es de rango constitucional, entre nosotros, y es más restrictiva que la nacional respecto a un límite al ejercicio de derechos fundamentales y, por tanto, más favorable a éste-, que determina que el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos y venezolanas (que derivan de la ciudadanía que les corresponde porque detentan esa nacionalidad) sólo puede ser reglamentado por la ley, “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”, lo cual, cuando se incorpora al sistema de normas aplicable al problema de los límites constitucionales a dichos derechos políticos (artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), impone la interpretación según la cual la “*sentencia judicial*” a que se refiere el artículo 42 es una que

recaiga en un proceso penal; del mismo modo que, como es obvio, la “*condena por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público*” a que se refiere el artículo 65 sólo puede hacerse a través de un fallo que se pronuncie en un proceso penal.

Y como la que se describió es la única forma constitucional de inhabilitación política, cualquiera otra, administrativa o judicial no penal, es inconstitucional, como lo es la que establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y así debió ser fallado por esta Sala Constitucional.

En otro orden de ideas, la mayoría sentenciadora reconoció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un conjunto de parámetros aplicables al asunto *sub examine*. Así, según el criterio que prevaleció, la norma cuya inconstitucionalidad fue delatada se compadece con el artículo 23.2 de la Convención, por cuanto el artículo 30 *eiusdem* permite que se dicten leyes que restrinjan alguno de los derechos que recoge el instrumento internacional en cuestión por razones de salvaguardia del interés general.

Quien consigna esta opinión divergente estima que, en efecto, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es perfectamente posible que los Estados impongan restricciones legítimas a los derechos en ella reconocidos, tal como lo dispone el artículo 30 en mención; sin embargo, este supuesto no se cumple en el caso de autos, pues la norma del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción que excede los límites permisibles por la Convención Americana, en tanto que es frontalmente contraria a la disposición del artículo 23.2 *eiusdem*.

La Sala parte de la errónea premisa conforme a la cual existiría una especie de contradicción irresoluble entre los derechos individuales y el interés general y, de esa forma, pareciera concluirse que las restricciones a éstos son, en todos los casos, válidas, siempre que se esgriman, a su favor, razones de alguna hipotética vinculación con dicho interés general. Este equívoco argumental desconoce que las mismas razones de preeminencia del bien común, en muchos casos, podrían, muy por el contrario, exigir una lógica totalmente opuesta; es decir, que se sobreponga un determinado derecho individual sobre otros derechos individuales o incluso sociales, como podría ser el caso del derecho a manifestar públicamente y el derecho a la libertad de circulación, por ejemplo. En buen derecho, las limitaciones –en general- han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción.

Por supuesto que la Convención reconoce a los órganos legislativos nacionales la exclusiva función del establecimiento de los límites al ejercicio de los Derechos Humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, ya que, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de los procedimientos legislativos de este tipo se permite a las minorías:

... expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe

arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que **una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder**» (Opinión Consultiva OC6-86, “*La Expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Resaltado añadido)

Quien disiente comparte la apreciación del órgano jurisdiccional de control interamericano, en cuanto a que la configuración normativa del régimen de los Derechos Humanos sólo compete al órgano legislativo nacional, conforme a los procedimientos constitucionales, pero que, al mismo tiempo, dicho desarrollo legislativo resultante debe corresponderse con los estándares y parámetros mínimos que fija la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo preceptúa el artículo 2 *eisudem*. Así, en el supuesto de que se dicte una Ley (aún en invocación del interés general) contraria a las obligaciones que asumió el Estado a través de la Convención Americana, corresponde, en primera instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales (en concreto, a esta Sala Constitucional, en ejercicio del control constitucional concentrado, así como a todos los jueces de la República a través del control difuso) el ejercicio del control posterior para la supresión de dicho obstáculo para el goce de los derechos en una sociedad democrática.

Asimismo, las leyes que restrinjan derechos deben responder objetivamente a la tutela del interés general y ello significa que tales restricciones deben expedirse en función del bien común, elemento integrante del orden público en un Estado Democrático. El contenido de ambos conceptos, orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los Derechos Humanos, deben ser objeto de una interpretación que se ciña a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC5-85. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”).

Por ello, las restricciones a que se contrae el artículo 30 deben respetar el objeto y las obligaciones concretas que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así, aparece como totalmente infortunado el planteamiento según el cual el artículo 23.2 *eiusdem* no se aplica al caso *sub examine* pues supuestamente se produjo una legítima restricción a su contenido, por cuanto el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción a aquella disposición Americana que no se compadece con los estándares mínimos que se desprenden de ella, pues la habilitación que la misma hace sólo permite al legislador que opte por cualquier restricción siempre que se la haga en atención a “razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal”.

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

Fecha *retro*

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

**El Vicepresidente,**

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

**Los Magistrados,**

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

.../

...

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ  
Disidente

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar

**Exp. 05-1853**