

Ficha para citar este artículo:

Carrillo Artilles, Carlos Luis. "La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública en Venezuela." El régimen jurídico de la Función Pública en Venezuela. Volumen I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2003

CARRILLOARTILLES.TV

Página Oficial
Prof. Carlos Luis Carrillo Artilles
www.carrilloartiles.tv
carrilloartiles@gmail.com
[@CarrilloArtilles](https://www.instagram.com/CarrilloArtilles)

La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública en Venezuela.

Carlos Luis Carrillo Artilles.*

EL ATROPELLADO EJERCICIO NORMATIVO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La original Ley de Carrera Administrativa promulgada en la gaceta oficial de la República Venezuela No.1.428 de fecha 4 de septiembre de 1970 fue parcialmente modificada en fecha 15 de marzo de 1975, por publicación en la gaceta oficial N° 1.745 del 23 de Mayo de 1975, la cual a su vez fue derogada por la reciente Ley del Estatuto de la Función Pública.

Esta Ley del Estatuto de la Función Pública fue originalmente concebida como Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública, en fecha 13 de noviembre de 2001, siendo dictada por el Presidente de la República Hugo Chávez en virtud de la atribución que le confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de 1999, en atención a la ley habilitante dimanada de la Asamblea Nacional que le autorizó al ejercicio de tales potestades normativas excepcionales, publicada de la gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.076 en fecha 13 de noviembre de 2000.

Ese Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública de fecha 13 de noviembre de 2001 nunca llegó a entrar en vigencia, pues su texto preveía una "vacatio legis" de cuatro meses a partir de su publicación, lapso que se vencía en fecha 13 de abril de 2002, sin embargo, ante múltiples críticas surgidas de acrisoladas discusiones doctrinales que objetaban el contenido de sus disposiciones que visiblemente

consagraban un régimen más desfavorable para los funcionarios públicos, se generó una atropellada e improvisada promulgación de una sobrevenida Ley de Reforma Parcial del Estatuto de la Función Pública¹, esta vez dictada por la Asamblea Nacional, en fecha 12 de marzo de 2002, publicada en la gaceta oficial No.37.402 a tan sólo un día debe vencerse la “vacatio legis mencionada, con el rasgo paradójico que únicamente se modificó el artículo referente a su fecha de entrada en vigencia, extendiéndose hasta el 13 de julio de 2002, sin efectuarse modificación alguna sobre su contenido normativo.

Tal fue la premura y desacierto de la Asamblea Nacional en la desatinada reforma legislativa que de la simple lectura de dicha gaceta oficial, se observa con displicencia que, luego de plasmar que se trataba de una “ley de reforma parcial del decreto con fuerza de ley sobre el estatuto la función pública”, al transcribir el texto integral de la presunta ley, se afirma erróneamente que “la asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela decreta la siguiente, (sic) Decreto con fuerza de ley (sic) sobre el estatuto la función pública”, cuando en manera alguna dicha Asamblea Nacional, como órgano legislativo de la Federación goza de dichas facultades excepcionales normativas para dictar Decretos-Leyes, pues en realidad su potestad propia y específica descansa en la función primaria de dictar típicos actos de rango legal.

Del mismo modo, es significativo resaltar que el error no sólo se reduce a la enunciación de su título sino que a través de toda la redacción de la ley, se hace alusión permanente al “presente Decreto

¹ Una serie de observaciones sobre los impactos negativos de dicho Decreto Ley se recogieron en el “Informe que presenta la comisión permanente de desarrollo social integral de la Asamblea Nacional para la segunda discusión del proyecto de ley que suspende la vigencia temporal de la ley sobre el estatuto la función pública.”

Ley”, con el mayor agravante que en el único artículo que realmente fue reformado, como lo fue la disposición final primera, se aduce que “El presente Decreto Ley (sic) que entrará en vigencia el 13 de julio de 2002.

Por fortuna dicha Ley de Reforma Parcial del Decreto con fuerza de Ley sobre el Estatuto la Función Pública de fecha 12 de marzo de 2002, tampoco llegó a entrar en vigencia, pues dos días antes del vencimiento de su extendida vacatio legis, en fecha 11 de julio de 2002 finalmente se promulgó la Ley del Estatuto de la Función Pública, en la gaceta oficial No.37.482, la cual fue posteriormente reimpressa por error material del ente emisor, en fecha 6 de septiembre de 2002, en la gaceta oficial No. 37.522.

Finalmente no podíamos cerrar este punto introductorio sin manifestar nuestra displicencia con la designación semántica de la ley objeto de nuestro estudio, pues si bien es cierto, que resulta más correcto la usanza de la voz Función Pública, que abarca a un cúmulo de situaciones jurídicas que van más allá de la sustituida expresión de “Carrera Administrativa”, la cual es sólo una especial y singular figura dentro de la Función Pública; nos parece sorprendente que el legislador imprecisamente hable de “Ley del Estatuto” cuando lo correcto sería hablar de “Ley de la Función Pública” como es el caso de otras legislaciones en derecho comparado, o en su defecto de “Estatuto de la Función Pública”, como régimen estatutario funcional, pero nunca la imprecisa semántica criolla implementada incorrectamente.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO MARCO DE ACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
Indudablemente que al pretender efectuar una inmersión en el campo de deberes de los funcionarios públicos, lo primero que se nos

impone es atisbar en el mecanismo rector de la conducta de los sujetos investidos de la función pública, como lo es el denominado “principio de legalidad”.

Dicho principio de legalidad tiene fundamento constitucional en el precepto 137 de la actual norma fundamental, teniendo como antecedente el antiguo artículo 117 de la Constitución de 1961, el cual se presenta como la manera o formula de acción de los órganos que componen el Poder Público frente a la manera de actuar de los particulares, lo cual en realidad es en si misma, una verdadera garantía que otorga seguridad, certeza jurídica y protege la libertad de los individuos gobernados integrantes de la sociedad, frente a la actuación de los funcionarios que ocupan los órganos públicos, que en realidad son entes intangibles creados como ficciones legales por el pacto social para acometer funciones de interés público y general, con la exclusiva finalidad de servir a la colectividad, y es a quienes inexorablemente se le impone una sumisión absoluta e irrestricta a la Ley o al llamado Bloque de la Legalidad.

De manera que, sobre el funcionario público se engendraría una bicefalia forzosa de relación “poder-deber” en todos y cada uno de sus actos y actividades, lo cual se verificaría en cada mandato de competencia contenido en la Ley, ya que en la misma medida como la norma le atribuye potestad o capacidad de acción pública, coetáneamente lo obliga y somete a realizar una conducta determinada con pleno apego y absoluta conformidad a todo un sistema de jerarquización de normas denominadas Bloque de Legalidad, como resultado de la llamada tesis de la vinculación positiva del funcionario, frente al cual, siempre se erigiría un

particular con el potencial jurídico de exigir la verificación y materialización de esa conducta reglada.

De allí que con el establecimiento del Estado Moderno, todo Poder Legítimo orbita en torno al concepto de la Competencia del ente público, como atribución expresa de la Ley, por medio de la cual, se identifica al Poder como la medula sustancial del Estado y se afirma que todo Poder se reduce estrictamente a un Poder Jurídico de Obrar por el cual el hombre esta sometido al imperio de las normas,² por ende, “la posibilidad de ejercer la función pública proviene lisa y llanamente de las normas jurídicas que invisten a algunas personas de las cualidades necesarias para hacerlo”³, pero al mismo tiempo acarrear sobre éstos, la ineludible responsabilidad en el desempeño de esa función pública al margen de la escala o jerarquía en la cual este ubicado dicho funcionario, por ser depositarios de la fe de sus conciudadanos.

CLASIFICACIÓN DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES FUNCIONARIALES

De lo anteriormente expuesto, consideramos pertinente construir una clasificación tripartita de los deberes u obligaciones de los funcionarios y servidores públicos, categorizándolas en aquellas: 1) impuestas por el ejercicio de formas procedimentales; 2) surgidas en atención al cumplimiento de los requisitos configurativos de los actos administrativos; 3) generadas por el régimen estatutario funcional.

DEBERES FUNCIONARIALES EN ATENCIÓN A LAS FORMAS PROCEDIMENTALES.

Aunque no es el objeto central de este opúsculo, debemos abordar someramente un análisis de los deberes formales que emergen para

² **KELSEN, HANS.** “TEORÍA GENERAL DEL ESTADO”. Editorial Nacional. México. DF. 1979.

³ **TOSTI, SILVIA ANA.** En presentación de “RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS”. Obra Conjunta. Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires. Argentina. 1987, Pg. 7.

los funcionarios públicos, tanto en los procedimientos constitutivos o de primer grado y revisorios o de segundo grado, ambos en sede administrativa o gubernativa.

Así en la etapa de formación de los actos administrativos quienes ejercen la función pública deben inexorablemente atender a una serie obligaciones como:

- a) Recepcionar todo tipo de peticiones⁴ presentadas a su consideración por los particulares, que se encuentren dentro de su ámbito de competencia, lo cual es un deber impuesto por el precepto 51 de la Constitución de 1999, en concordancia con los artículos 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 9 y 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública;
- b) Tramitar e impulsar de oficio todo procedimiento administrativo hasta su fin, con la producción de la manifestación de voluntad administrativa acabada, mediante la configuración de un acto administrativo definitivo.
- c) Permitir el ejercicio fluido del derecho a la defensa del particular incurso en un procedimiento, garantizándole el acceso al expediente; la presentación de todo tipo de documentos y pruebas; la obtención de certificaciones y reprografías conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica de Administración Pública; la información necesaria sobre la organización interna y competencias administrativas de los órganos del ente público, así como de los recursos administrativos como mecanismo de impugnación de los actos

⁴ Al respecto ver: **CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES. "EL DERECHO DE PETICIÓN Y OPORTUNA Y ADECUADA RESPUESTA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999"**, en Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a los 20 años de la especialización en Derecho Administrativo UCV. Tribunal Supremo de Justicia. Tomo I. Caracas. Venezuela. 2001.

que genere en agravio en la esfera jurídica subjetiva del particular, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 ordinal 3 de la Ley Orgánica de Administración Pública en concordancia con el artículo 33 ordinal 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

- d) Generar una oportuna y adecuada respuesta en torno a lo solicitado por el peticionante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de 1999, en concordancia con los artículos 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 9 de la Ley Orgánica de Administración Pública.

DEBERES QUE SE ENGENDRAN EN ATENCIÓN A LOS REQUISITOS CONFIGURATIVOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
Obviamente que en atención a los requisitos configurativos de forma y de fondo de los actos administrativos, se generan unas obligaciones para el funcionario que pretende dictar una actuación, entre los cuales resaltan:

- a) Ajustarse a la norma atributiva de competencia, en virtud de lo establecido en el artículo 137 de la Constitución de 1999 en concordancia con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Administración Pública, so pena ante su infracción, de producir un acto viciado de incompetencia, bajo cualquiera de sus expresiones, ya sean, usurpación de funciones, usurpación de autoridad, o, extralimitación de atribuciones;
- b) Constatar la veracidad de los supuestos de hecho sobre los cuales se pretenda dictar el acto administrativo, so pena ante su quebrantamiento de producir un acto viciado de falso supuesto de hecho;
- c) Tipificar correctamente la base legal que sirva de cimiento al acto administrativo;

- d) Justificar y motivar adecuadamente el acto administrativo, por cuanto es el elemento técnico de control para el ejercicio del derecho a la defensa del particular;
- e) Determinar el contenido y alcance del acto administrativo, así como prever la factibilidad de su ejecución;
- f) Respetar en todo momento el verdadero espíritu e intención que tuvo el legislador al concebir la norma que le atribuye su potestad de acción, para evitar incurrir en el vicio de desviación de poder.

DEBERES QUE EMERGEN DEL REGIMEN ESTATUTARIO FUNCIONARIAL.

De seguidas pasaremos a efectuar una inmersión en el ámbito de deberes impuestos por el régimen estatutario funcionarial, con especial énfasis en las novedades y cambios que trajo consigo el advenimiento del Capítulo III de la novísima Ley del Estatuto de la Función Pública.

El numeral 1 del artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que tiene íntima relación con lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Administración Pública, prevé la obligación de los funcionarios públicos de “prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida”, con lo cual se impone a quienes han sido seleccionados para ingresar en la función pública, el deber intransferible en atención al carácter personalísimo, de cumplir cabalmente con sus funciones.

En este punto diferimos del criterio asumido por el ex magistrado del Tribunal de la Carrera Administrativa, Antonio de Pedro Fernández, quien plantea que al establecerse el deber de prestación personal del servicio, se deriva una obligación colateral para ese funcionario de

“residir en el lugar donde se ejerce el cargo”⁵, pues de acuerdo a nuestra visión, en manera alguna la Ley exalta dicha conducta, ya que perfectamente pudiera darse en la práctica que el sujeto que preste la función pública resida en ciudades satélites o ciudades dormitorios distintas a donde preste sus servicios cotidianamente, viajando entre estos puntos sin que se afecte en manera alguna la prestación personal de sus funciones; pretender inferir esa imposibilidad es crear limitaciones por vía de interpretación la cual en manera alguna la norma establece.

Este tipo de deber de residencia esta aparentemente vigente en países como Colombia o España, este último donde aún no ha sido derogado formalmente el artículo 71 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, el cual “impone el deber de residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde el funcionario presta sus servicios”⁶. Sin embargo, en la realidad esa obligación no puede considerarse vigente, ya que pretende establecer una “limitación del derecho fundamental que el funcionario tiene, como ciudadano, a elegir libremente su residencia (artículo 19 de la Constitución) ... Por consiguiente, el deber de residencia debe entenderse hoy en un sentido funcional y no geográfico, por lo que el funcionario se entiende libre de elegir su lugar de residencia entre todos aquellos que le permitan el cumplimiento de sus funciones.”⁷

⁵ DE PEDRO FERNÁNDEZ, ANTONIO. “RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA.” Editorial Vadell hermanos. Caracas Venezuela. 1997. Pg.164, y en “LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA. DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA” Sin Editorial. Caracas. Venezuela. 1993. Pg. 159.

⁶ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Editorial Tecnos. Tercera Edición. Madrid España. 2002. Pg 263.

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Obra Citada. 2002. Pg. 263.

Lo que sin lugar a duda es cierto es que esas funciones a desplegar, están expresamente delimitadas en el manual descriptivo de cargos, el cual asigna específicas competencias al sujeto natural investido de función pública, con lo cual correlativamente se le impone, en virtud de la organización escalonada de la Administración Pública, el deber de “acatar los mandatos y órdenes dimanadas de sus superiores jerárquicos”; y que en caso de ser quebrantadas o desatendidas sin justa causa, podría acarrear la sanción de destitución conforme a lo establecido el artículo 86 de la ley funcionarial. Aquí, el problema a resolver con esta enunciación es la determinación en la práctica de cual es el nivel de acatamiento del funcionario inferior ante posibles ordenes no válidas o que sean antijurídicas, dictadas por el funcionarios superior en virtud del poder jerárquico, “cuando constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal”⁸, en cuyo caso el funcionario al cual se le imparta ese mandato írrito podría salvar su responsabilidad por escrito, advirtiendo la ilegalidad específica de la orden recibida, aún cuando finalmente la ejecute, ya que se suprapone la libertad de conciencia a la indebida obediencia.

La finalidad perseguida por la norma al establecer esa verticalidad vinculante para el inferior es servir de instrumento a la autoridad jerárquica para lograr la consecución de los fines públicos, con lo cual se le aúnan otras potestades al superior, como lo son, los “poderes de dirección o de mando, de corrección y disciplinarios, a través del cual se garantiza “obtener de los subordinados la ejecución correcta de los plazos razonables de las órdenes recibidas.”⁹

⁸ Numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública de fecha 6 de septiembre de 2002. Gaceta Oficial No. 37.522.

⁹ **V. MARCEL PIQUEMAL. “LE FONCTIONNAIRE-2-DEVOIRS ET OBLIGATIONS”.** Segunda edición. L'Administration Nouvelle, Berger-Levrault, 1979. Pgs. 186 a 188, citado por **Rodríguez Falcón, Joaquín. “Los deberes y la responsabilidad**

Por su parte, el numeral 6 del citado artículo 33, erige el deber de “Guardar la reserva, discreción y secreto que requieran los asuntos relacionados con la función que tengan atribuidas”. Esta obligación funcional tiene su cimiento primitivo en el ordinal 4º del artículo 27 de la Ley de Carrera Administrativa del 4 de septiembre de 1970, sin embargo, en esa normativa sólo se imponía al funcionario la obligación de “guardar reserva y secreto”, lo cual con el advenimiento de la ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se ha entendido como un deber de no revelar información sobre documentos que hayan sido declarados previamente como “reservados o confidenciales” de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 eiusdem, el cual imprime un carácter excepcional de confidenciales a ciertos autos específicos de un expediente administrativo, siempre que medie una razón de protección del interés público o de una eventual afectación subjetiva de un particular, lo cual justifique tal declaratoria y sustracción del expediente administrativo de ese documento especial.

Ahora bien, lo novedoso del precepto de la Ley del Estatuto de la Función Pública es la inserción de la obligación de “discreción”, con lo cual se esta dando un giro distinto al tradicionalmente consagrado, pues se refiere a guardar moderación y mesura en el obrar del funcionario en relación a la emisión inadecuada de opiniones en sitios, reuniones o medios no adecuados o prudentes, que impliquen una eventual afectación de los intereses de la Administración.

En virtud de lo anteriormente expuesto, disentimos de algunas opiniones doctrinales¹⁰ que equiparan el deber de reserva con el deber de discreción, como si tuviesen el mismo fin y contenido. Sobre lo que si estamos absolutamente conforme es que de darse una posible afectación a cualquiera de esos múltiples deberes de reserva, secreto y de discreción, comportaría para el funcionario infractor la factibilidad de una medida sancionatoria de destitución conforme al numeral 12 del artículo 86 iusdem, siempre que medie la instrucción de un procedimiento administrativo disciplinario donde se garantice el derecho a su defensa.

Como resulta obvio de todo lo anteriormente expuesto se deduce que aún cuando el empleado público goce, como todo ciudadano del status civitatis y por ende de todas las libertades individuales, en el ejercicio de su cargo se encuentra en un estado de supeditación al ordenamiento jurídico, por lo cual su derecho constitucional a la libertad de expresión, entendida como la factibilidad de exteriorizar difundir libremente su pensamiento, ideas y opiniones, oralmente o por escrito, se encuentra comprimido por la Ley Funcionarial a las condiciones y limitaciones administrativas antes explicadas.

La razón de ser de esta obligación de reserva, secreto y discreción estriba por una parte “porque son garantía de la eficacia de ciertas políticas públicas (de defensa, de seguridad, en las relaciones exteriores, en la política monetaria, en la preparación de algunos planes o medidas administrativas que sólo deben darse a conocer en momentos determinados para no provocar reacciones prematuras o alarmas injustificadas en la sociedad o en los mercados). En segundo

¹⁰ Al respecto ver: JOAQUÍN RODRÍGUEZ FALCÓN. “LOS DEBERES Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.” Editorial Paredes Editores. Caracas. Venezuela 1985. Pg.13.

lugar, para evitar situaciones de ventaja de ciertos detentadores de información privilegiada, que podrían utilizarla en beneficio propio y en perjuicio (sic) de la comunidad y de terceros.”¹¹

En otro orden de ideas, se eleva el numeral 5 del artículo 33 eiusdem, el cual guarda estrecha relación con lo dispuesto en el ordinal 7 del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que consagra otra obligación funcional tradicional como la es, la de “Guardar una conducta decorosa y observar en sus relaciones con sus superiores, subordinados y con el público toda la consideración y cortesía debidas”, prevista en nuestra legislación positiva desde el 4 de septiembre de 1970, en el ordinal 3º del artículo 27 de la Ley de Carrera Administrativa. En relación a esto, la Ley del Estatuto de la Función Pública ha incluido el vocablo “superiores”, lo cual pareciera una modificación inútil, ya que en el extinto artículo sólo se indicaba el deber de respeto hacia los subordinados y el público en general. La inutilidad de tal inclusión según nuestro juicio, estriba en que con la reforma se pretendió abarcar a todos los eventuales actores en la relación jurídica administrativa, pero si revisamos detalladamente la redacción definitivamente promulgada, observaremos que no están contemplados todos los posibles intervinientes, ya que para el acucioso lector faltaría la inserción del deber de respeto para con los inordinados, entendidos como aquellos funcionarios que detentan la misma jerarquía con nivel administrativo.

Consideramos que mucho más afortunada hubiese sido la redacción de dicha norma, con una enunciación más simple, como sería “guardar una conducta decorosa con los demás funcionarios y el público en general”, o como correctamente está consagrado en el numeral 6 del

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Obra Citada. Pg.264.

artículo 34 del régimen disciplinario de los servidores públicos de Colombia conforme a la Ley 734 de 2002, al plantear que: “son deberes de todo servidor público: 6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”. Lo que si es indudable es que la vulneración al deber establecido podría acarrear para el funcionario usualmente una sanción de amonestación escrita de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pero que dependiendo de la gravedad si llegase a considerarse una vía de hecho o injuria pudiese engendrar la sanción de destitución de acuerdo al numeral 6 del artículo 86 eiusdem.

Existe otro deber tradicional que si permaneció similar en su redacción en la Ley del Estatuto de la Función Pública como lo es previsto en el numeral 7 del artículo 33, al replicar su contenido original desde la Ley de Carrera Administrativa del 4 septiembre de 1970, que exalta el deber de “vigilar, conservar y salvaguardar los documentos, bienes su de la Administración Pública confiados a su guarda, uso o administración”, sólo suprimiéndose el vocablo “intereses”. “Este deber comprende tanto la obligación de vigilancia y conservación, como la de mantenimiento destinadas a mantener en buen estado físico los materiales, herramientas, útiles de trabajo que se encuentran en la oficinas públicas y también, se exige que el funcionario ponga en conocimiento de sus superiores cualquier iniciativa que contribuya a la conservación de esos bienes.”¹²El quebrantamiento de dicho mandato acarrearía para el funcionario una eventual sanción de amonestación escrita conforme al artículo 83 eiusdem, pero en el supuesto que esa afectación a los bienes públicos hubiese ocurrido con intencionalidad o dolo podría aplicársele la

¹² RODRÍGUEZ FALCÓN, JOAQUÍN. “ LOS DEBERES Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.” Obra citada

sanción de destitución establecida en el artículo 86 eiusdem, sin disipar las responsabilidades autónomas que pueden generarse por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que presumimos que aún esta vigente.

Otro deber paradójicamente establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública es el de “cumplir las actividades de capacitación y perfeccionamiento destinados (sic) a mejorar su desempeño”, pues en realidad no debería visualizarse con un deber del funcionario, sino como un verdadero derecho funcional¹³ para adquirir nuevos conocimientos y ser más diestro en el ejercicio cotidiano de sus labores. Además es importante resaltar, que ese adiestramiento y capacitación debe ser siempre dentro del marco técnico y profesional, que tenga verdadera relación con el contenido de las actividades encargadas a dicho funcionario en el ejercicio de su investidura funcional de acuerdo al manual descriptivo de cargos, por ende, no podría pretender la Administración Activa capacitar o instruir en labores o actividades diferentes a la naturaleza del servicio o función que dicho funcionario detente con ocasión de su cargo.

Por otra parte, en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en el numeral 10 del artículo 33, se establecen las causales de inhibición del conocimiento de los asuntos cuya competencia le esté legalmente atribuida, explanando que podría ser: a) Cuando, personalmente, o bien su cónyuge, su concubinario o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto; b) Cuando tuvieren amistad o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas en un asunto; c) Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya

¹³ Como es el caso del numeral tres del artículo 33 del Régimen disciplinario de los servidores públicos de Colombia conforme a la ley 734 de 2002.

resolución se trate, o como funcionarios públicos hubieran manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo que hubiesen resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna; d) Cuando tuvieren relación de subordinación con funcionarios públicos directamente interesados en el asunto.

Como es fácil observar de la transcripción efectuada, se ampliaron la enunciación de las causales tradicionales de inhibición de los funcionarios públicos previstas primitivamente en el artículo 29 de la Ley de Carrera de Administrativa de 1970, no obstante, existen un distinto cúmulo de situaciones pudieran también acarrear la posibilidad que un funcionario pueda inhibirse del conocimiento de un asunto que no están previstas en esa enumeración. Sin embargo, históricamente se ha aplicado de manera supletoria las causales de inhibición y recusación previstas para los funcionarios judiciales en el Código de Procedimiento Civil, lo cual garantizaba en mayor medida la cobertura de muchas otras situaciones análogas en la actividad administrativa, y que según nuestro juicio, bajo la vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública es perfectamente aplicable, por lo tanto pareciera que esa innovación en la extensión enunciativa de causales hubiese sido más adecuada si fuese remitido a la aplicación supletoria de las causales previstas en artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

En otro sentido, se presenta el deber de “neutralidad política de los funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones”, lo cual comporta una serie de conductas abstencionistas o de no hacer para quien esté ejerciendo la función pública, como con lo son, no realizar propaganda proselitista; ni engendrar coacción pública sobre otros

funcionarios para que se inscriban o acudan a actos políticos; ni en manera alguna ostentar distintivos, símbolos o signos que le acrediten como miembro de un partido político durante el desempeño de sus función pública.

Aunque en la realidad práctica pareciera no estar vigente este mandato imperativo, el cual no sólo tiene cimiento en el rango legal, como lo es el numeral 2 del artículo 34 de la Ley del Estatuto la Función Pública, normativa de derecho positivo vigente en la actualidad, pero que siempre tuvo previsión legal como antecedente en el numeral 2 del artículo 29 de la Ley de Carrera Administrativa de 1975, y en su antecedente más remoto en el numeral 2 del artículo 28 de la Ley de Carrera Administrativa de 1970, sino que también detenta rango fundamental en el artículo 145 de la reciente Constitución de 1999, que patentiza que: “Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política.”

En consecuencia es norma de derecho positivo, vigente y vinculante para todos los sujetos que prestan la función pública, quienes con ocasión del ejercicio de sus actividades inherentes a su cargo por mandato constitucional y legal deben abstenerse totalmente de realizar cualquier tipo de actividad política, partidista o proselitista, so pena de incursionar en una conducta susceptible de ser sancionada con amonestación escrita en virtud de lo previsto en el numeral 6 del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Es significativo resaltar que la posición asumida por el ordenamiento jurídico venezolano es una posición intermedia entre dos tesis

previstas en el derecho comparado, las cuales polarizan dos visiones totalmente contrapuestas. Por un lado, emerge la tesis de las llamadas “democracias populares”, típicas de los ordenamientos jurídicos de corte comunista, en donde el servidor público debe inexorablemente por inscripción previa y membresía formar parte del “Partido” del Estado, el cual es por lo general único. En contraposición aflora la tesis de algunos países europeos, en los cuales el servidor público debe abstenerse de cualquier tipo de actividad política, por lo cual deberá renunciar radicalmente a pertenecer en manera alguna a cualquier partido o agrupación política, o ejercer cualquier actividad proselitista. La posición intermedia del derecho estatutario funcional venezolano, consiste en que, si bien es cierto, durante la jornada funcional o con ocasión a las labores públicas, al funcionario le está vedada radicalmente cualquier vinculación política o proselitista; no obstante, al finalizar su jornada en su vida individual como particular puede perfectamente militar y realizar cualquier actividad político partidista, siempre y cuando no tenga vinculación alguna con el ejercicio de su cargo.

Ese deber de neutralidad política también se ha denominado “el principio de eficacia indiferente”. Cualquiera que sea ideología personal e incluso si pertenece a un partido político o a un sindicato, el funcionario está obligado a ejercer sus funciones observando la más estricta neutralidad, sin acepción de personas o grupos. En estos términos, el funcionario debe también fidelidad institucional al Gobierno de turno, **pero sólo en estos términos**, de manera que no pueden ni obstaculizar el desarrollo de la política gubernativa ni olvidar en aras de ella su obligación de prestar servicio sin favoritismos ni discriminaciones. ... Ahora bien, la imparcialidad no se agota en el deber de neutralidad política, sino que también tiene

reflejó en las relaciones del funcionario, cuando ejerce su cargo, con la sociedad. Es decir, el funcionario debe guardarse también de toda actuación que suponga favorecer ilegalmente a personas, organizaciones sociales o grupos privados.”¹⁴ (*negrillas nuestras*).

En otro orden de ideas, la Ley del Estatuto de la Función Pública, mejora la redacción del imperativo legal que prohíbe a los funcionarios públicos, “contratar por sí, o por persona interpuesta o en representación de otro, con la República, los estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público o derecho privado estatales, salvo algunas excepciones previstas en la ley.” El progreso del artículo reside en que se contemplan más adecuadamente, al cúmulo de figuras del elenco plurisubjetivo de entes pertenecientes al Estado con los cuales el funcionarios tiene vedado contratar, ya que se abarca con una mejor semántica no sólo a los tradicionales entes públicos creados conforma el Derecho Público, sino y también a los establecimientos creados conforme al Derecho Privado pero que pertenecen al Estado, en lo que se ha denominado en la doctrina administrativa como, la interacción o huida del derecho Público en el derecho Privado y viceversa, denominado también como la privatización de lo público o la publicización de lo privado¹⁵.

De igual manera el artículo 34 en su numeral 4 mantiene la obligación tradicional de los funcionarios de “solicitar autorización a la Asamblea Nacional para aceptar cualquier cargo, honor o recompensa

¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Obra Citada.Pg. 258

¹⁵ Al respecto ver: ALLAN BREWER CARÍAS. “LA INTERAPLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCESO DE HUIDA Y RECUPERACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO”. En segundas jornadas internacionales de derecho administrativo Allan Brewer Carías. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA, Caracas. 1996.

de gobierno extranjero”, que también detenta un cimiento constitucional en el artículo 149 de la Carta Magna de 1999.

Por último, nos genera curiosidad que en la redacción definitiva de la Ley del Estatuto la Función Pública de fecha 6 de septiembre de 2002, se suprimió la prohibición expresa de “realizar cualquier acción o incurrir en omisiones que contribuyan a interrumpir, obstaculizar o impedir la prestación de los servicios públicos o el ejercicio de las potestades públicas”, prevista en el numeral 5 del artículo 40 del Decreto Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, lo cual, en el caso que llegase a tener vigencia efectiva, comportaba una verdadera novedad normativa en materia de obligaciones funcionariales, pues aún cuando es tácitamente inherente esa prohibición en el ejercicio de la prestación de servicios públicos y en la actividad administrativa, sería la primera vez que se contemplaba a texto expreso, sin embargo como explanamos en el capítulo inicial, esa norma nunca llegó a ser derecho positivo en Venezuela por las sucesivas reformas producidas.

Lo que si es singular de esta cita es que aún cuando se suprimió esa obligación expresa, se mantuvo la sanción de destitución por “el incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga”, prevista en el numeral 5 del artículo 86 eiusdem, con lo cual los funcionarios deben estar atentos, que ante el caso de una huelga funcional se garanticen los servicios mínimos públicos. En el caso del derecho comparado encontramos una disposición similar como es el numeral 2 del artículo 34 del régimen disciplinario de los servidores públicos de Colombia conforme a la ley 734 de 2002, que establece que los servidores públicos deben cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de

cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial”.

LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Como se observa en la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente, se consagran distintas figuras subjetivas de empleados públicos quienes prestan la función pública. Por una parte, se erigen los llamados funcionarios públicos de carrera, identificados como aquellos que se encuentren en el régimen estatutario funcionarial e ingresan por un concurso público, gozando de estabilidad funcionarial en el ejercicio de sus funciones, lo cual implica que no pueden ser destituidos de sus cargos sino exclusivamente a través de la previa instrucción de un expediente administrativo disciplinario, donde se le garantice el derecho de su defensa y se le demuestre haber incurrido en una de las causales de destitución tipificadas a tal efecto en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por otra parte, también se aduce a los denominados funcionarios de libre nombramiento y remoción, entendidos como aquellos que ingresan a la función pública de forma excepcional, sin concurso y no detentan estabilidad en su cargo; de lo que se infiere que existe un error histórico en su denominación, ya que en realidad no son funcionarios de libre nombramiento y “remoción”, pues no son removibles, en realidad son “retirables” de manera inmediata al no gozar de estabilidad en su cargo.

La situación de remoción que es privativa de los funcionarios de carrera, implica que se remueve al funcionario del cargo que venía ejerciendo pero aún está en servicio activo, sólo que se le coloca en situación de disponibilidad, durante un período determinado de un mes, con la finalidad que la Administración Activa lo reasigne a un

cargo de similar jerarquía y requisitos de acceso que se encuentre vacante en nómina para ese momento. En virtud de lo anteriormente expuesto, a tales funcionarios llamados históricamente y por la nueva ley, con la imprecisión semántica en su denominación como funcionarios de “libre nombramiento y remoción” deberían ser llamados en realidad como funcionarios de “libre nombramiento y retiro”.

Por último la ley reconoce la existencia de profesionales vinculados a los órganos administrativos del Estado mediante un contrato de naturaleza laboral o de manera extraordinaria de otra naturaleza. Sin embargo el ente administrativo no es libre de determinar cuales serían los cargos susceptibles de ser ocupados por estos contratados, ya que la misma Ley funcional determina en su título IV una serie de limitaciones referentes al personal contratado. Especialmente el artículo 37 erige la especificidad que “sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y en un tiempo determinado”, puntualizando que “se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente ley”, con lo cual se veda cualquier posible intento de crear una nómina paralela, y el artículo 39 eiusdem, acota que “en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”, de lo que se infiere que estos contratados no detentan estabilidad funcional, ya que sólo tendrán estabilidad laboral en la medida que dicho contrato se los garantice.

Aclarado lo anterior, es oportuno destacar que la referida ley establece una serie de situaciones positivas denominadas “derechos funcionariales para todos los servidores públicos”, cuyo fundamento

descansa en la concepción tradicional de la burocracia, y que son otorgados sin distingo del carácter o naturaleza del empleado público; y, al mismo tiempo consagra, unos derechos restrictivos, exclusivos o privativos para los funcionarios estatutarios o de carrera.

Cabe destacar que, el vocablo o voz “burocracia”, comúnmente se suele identificar como un concepto negativo o carga pública, cuando en realidad es la totalidad del cuerpo de los sujetos que prestan sus servicios al Estado.

LOS DERECHOS GENÉRICOS QUE DETENTAN TODOS LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Todo funcionario público, de carrera o de libre nombramiento y remoción, tendrá derecho a incorporarse al cargo al cual haya concursado, o al cual haya sido designado directamente, según el caso, debiendo ser informado por su superior jerarca inmediato acerca de los fines, organización de la unidad administrativa a la cual pertenece, así como ser enterado del ámbito de su competencia y atribuciones que le corresponden de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Este derecho se preceptúa como un correlativo lógico del deber funcional de cumplimiento cabal de sus funciones dentro del espectro de sus competencia, ya que, de no tener conocimiento sobre cual es esa esfera de acción específica, mal podría ejercer adecuadamente ese mandato legal.

Como consecuencia de la prestación de sus servicios emerge en virtud del artículo 23 eiusdem, el derecho subjetivo a “percibir una remuneración correspondiente” la cual debe ser acorde con el cargo que desempeñe y que de acuerdo a nuestra Constitución, le asegure “una existencia digna y decorosa”, “que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales,

sociales e intelectuales”, como rezan los artículos 87 y 91 del texto fundamental.

Además como resultado de esa prestación del servicio, el funcionario gozará de un descanso vacacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 eiusdem, el cual consiste en un período de latencia, inactividad o cese temporal en sus labores cotidianas para reestablecer sus energías físicas y mentales, cuya duración variará de acuerdo al tiempo de su permanencia en la función pública. De manera que, tendrá derecho a disfrutar de un descanso anual de quince (15) días hábiles desde el primer año de servicio hasta que cumpla el primer quinquenio, luego le corresponderá dieciocho (18) días hábiles de descanso durante el segundo quinquenio; veintiún (21) días hábiles para el tercer quinquenio y veinticinco (25) días hábiles a partir del décimo sexto año.

Asimismo la Ley del Estatuto de la Función Pública de fecha 11 de julio de 2002, re-publicada en fecha 6 de septiembre del mismo año, prevé el pago de una bonificación anual de naturaleza económica por concepto de vacaciones de cuarenta (40) días de sueldo, la cual puede ser incrementada en virtud de futuros acuerdos o convenios colectivos. Esta preceptuación es afortunadamente mucho más favorable que la previsión que detentaba el artículo 24 del Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública del 13 de noviembre 2001, replicada en el contenido del artículo 24 de la Ley de igual nombre dictada por la Asamblea Nacional en fecha 12 de marzo de 2002, ya que en esas normativas sólo se establecía que los funcionarios públicos tenían derecho a una “bonificación anual que no podía ser menor de 15 días de sueldo”, lo cual si bien es cierto en términos teóricos no es una redacción desfavorable en la práctica si lo es, pues

como es bien sabido, cuando la legislación preestablece ciertas cuantías o montos mínimos, son aplicados por la Administración Pública con regularidad como modelos normales o estándares, apartando su carácter mínimo.

Esas normativas que nunca llegaron a entrar en vigencia, inclusive eran más desfavorables que la misma Ley de Carrera Administrativa vigente para la época, la cual preveía en su artículo 20, el pago de hasta treinta (30) días hábiles por concepto de bonificación anual de vacaciones para quienes detentasen más de dieciséis años de servicio. Esto generaba que, en el supuesto negado que hubiese llegado a entrar en vigencia formal las mencionadas leyes, nunca hubieran podido ser aplicables en la praxis, pues su contenido aparte de ser más desfavorable, conduciría a tratos o situaciones discriminatorias y de desigualdad entre quienes ingresaran al ejercicio de la función pública con esta nueva normativa, y quienes ya se encuentren prestando servicios con situaciones jurídicas constituidas y derechos consolidados por la legislación anterior.

Por otra parte el artículo 25 de la reciente Ley del Estatuto de la Función Pública, edifica el derecho de todos los servidores públicos a gozar de otra bonificación anual de fin de año, también llamada común o coloquialmente como “aguinaldo” de por lo menos noventa (90) días de sueldo integral por cada año de servicio activo, disposición que también es mucho más ventajosa y benéfica para los funcionarios públicos en contraposición a los intentos normativos ya citados del Decreto Ley y de la procurada Ley de reforma del Decreto Ley, pues en esas se pretendió sólo otorgar una concesión de pago equivalente a sólo quince (15) días de sueldo, sin perjuicio que pudiese ser aumentada por convención o negociación colectiva.

En otro renglón se exalta la potencialidad que tradicionalmente se le ha reconocido a los funcionarios públicos de obtener permisos y licencias con o sin goce de sueldo, de acuerdo al reglamento que se dicte de la Ley, y que según el caso podrían ser de otorgamiento obligatorio o potestativo por parte de la Administración Activa. Entre los permisos considerados obligatorios se incluyen en el caso de fallecimiento de ascendientes, hijos o cónyuge; a los representantes de sindicales; para comparecer ante autoridades legislativas, administrativas o judiciales; servicio militar; en caso de enfermedad o accidente; y por maternidad.

Además resulta curioso que el derecho a obtener el beneficio de jubilación por razón de límite de edad o en función de la prestación de años en el servicio, previsto históricamente en el artículo 22 de la Ley de Carrera Administrativa de 1970 y en los preceptos 27 del Decreto Ley de noviembre de 2001 y de la Ley de reforma del mismo nombre, desaparece del texto expreso de la reciente Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, tal sustracción no implica en manera alguna la inexistencia del derecho subjetivo que detenta todo funcionario público, que en virtud de su límite de edad o en atención a sus años de servicios dedicados a la función pública tenga para jubilarse, pues además que existe una legislación especial que da tratamiento exclusivo a tal materia, es también reconocido por el régimen laboral ordinario.

LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA.

En el capítulo III de la Ley del Estatuto de la Función Pública se asientan los derechos concedidos monopólicamente y privativamente a los funcionarios denominados de Carrera, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 eiusdem, son “quienes habiendo ganado el concurso

público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente.”

En tal sentido, el artículo 30 eiusdem acota lo que previamente afirmamos que, “los funcionarios de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas” en dicha Ley, con especificidad en su artículo 86.

La doctrina identifica a esa estabilidad como “estabilidad absoluta” equiparable a la situación de inamovilidad, salvo que el funcionario sea sujeto a un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria, en donde se le garantice a plenitud su derecho a la defensa y las pautas procedimentales previstas en el propio texto legal.

Esta estabilidad funcional constituye “una garantía, entre otras, de la imparcialidad del funcionario”,¹⁶ ya que al garantizársele su permanencia en su cargo frente a los eventuales cambios intempestivos o afectaciones a su esfera jurídica sin justificación objetiva debido a posibles enroques en las personas naturales que sean titulares del ejercicio temporal del Poder Público o en la dirección política de la Administración Pública, se estaría cimentando su solvencia en el ejercicio de su cargo aprovechando su experiencia en la prestación del servicio con prescindencia de las veleidades de su superior jerárquico de turno.

Sin embargo, en el artículo 36 del Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública, se intentó trastocar todo el régimen legal que

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Obra Citada.Pg. 201.

generaba la protección de la estabilidad funcional, mediante la sustitución en su lugar por el pago de una bonificación correspondiente a un (1) mes de sueldo. Si observamos con detenimiento este establecimiento normativo, veremos que “de acuerdo al texto del Decreto Ley sobre el Estatuto Función Pública se encuentran en situación de vulnerabilidad en cuanto a la estabilidad se refiere”¹⁷ los funcionarios públicos, por cuanto se pretendió eliminar el derecho a permanecer en la función pública a quienes hubieren sido removidos de su cargo, retirándolos inmediatamente al cancelárseles esa supuesta indemnización de un mes.

Como es bien sabido el artículo 84 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, el cual permanece aún vigente hasta que se dicte el respectivo Reglamento de la novedosa Ley, instituye el procedimiento formal de remoción del cargo, en caso de reducción de personal o reorganización administrativa, que impone a la Administración Pública, el pase inmediato de dicho funcionario a una situación de disponibilidad durante un mes para su reubicación, permaneciendo dentro de la función pública en nómina activa, pues en virtud del artículo 85 eiusdem, se entenderá como prestación efectiva de servicios a todos los efectos.

En ese mismo período de reubicación, la Administración Activa tiene sobre sus hombros la obligación de efectuar todos los trámites y actividades necesarias para verificar si existe un cargo de similar, igual jerarquía o superior nivel y remuneración disponible por vacancia, lo cual permitiría reubicar a dicho funcionario en ese otro cargo libre. Por ende, sólo y únicamente cuando no fuese posible

¹⁷ Informe que presenta la comisión permanente de desarrollo social integral de la Asamblea Nacional para la segunda discusión del proyecto de ley que suspende la vigencia temporal de la ley sobre el estatuto la función pública.

dicha reubicación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 88 eiusdem, es que se pasaría a formular un acto de naturaleza distinta llamado de retiro, por medio del cual se desprendería a dicho funcionario de la actividad funcionarial, perdiendo su carácter y separándose definitivamente de la función pública.

Por su parte, el artículo 31 de la novísima Ley funcionarial, eleva el derecho de los funcionarios público de carrera a ascender, por medio del cual “el funcionario escala posiciones, avanza la cadena jerárquica, hace carrera. En nuestro sistema, se pasa de un grado inferior a otro superior y a una calificación diferente.”¹⁸ Dicho ascenso es irreversible pues una vez alcanzado un nivel superior al originalmente superado nunca podría descenderse al cargo anterior.

OTROS DERECHOS QUE ADUCEN A LA IDEA DE LA LABORALIZACION DEL ESTATUTO FUNCIONARIAL.

Aunque como ya hemos establecido, “la mayoría de los empleados públicos ingresa en la Administración mediante nombramiento de la autoridad competente, por lo general tras superar determinadas pruebas selectivas más o menos rigurosas, y sus relaciones con la Administración se someten a un régimen especial de derecho administrativo, distinto al que corresponde a los demás trabajadores. Estos empleados reciben el nombre de funcionarios y el conjunto de que forman parte puede denominarse, en sentido subjetivo (pues también hay una acepción objetiva del mismo término, que ahora no nos interesa), la función pública.

Lo que tradicionalmente ha venido caracterizando el régimen jurídico peculiar de la función pública es que las condiciones de empleo no se establecen en un contrato o por un convenio colectivo, sino que se

¹⁸ DE PEDRO FERNÁNDEZ, ANTONIO. “Régimen funcionarial de la carrera administrativa”. Obra citada. Pg. 132.

determinen minuciosamente normas objetivas, leyes y reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. DÍA y que se diga que el funcionario no tiene con la administración una relación contractual, sino estatutaria. Es decir, que queda encuadrado desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional en el marco de un estatuto público, que fija en cada momento sus derechos, deberes y responsabilidades. esta idea sigue presente en nuestra legislación sobre la función pública, aunque conviene matizarla, pues hoy en día también se reconoce una suerte de negociación colectiva entre la Administración y los funcionarios, previa a la aprobación de las normas que regulan sus relaciones y que en ocasiones puede sustituir algunas de esas normas por verdaderos pactos bilaterales.

Esta última circunstancia aproxima el régimen de la función pública al de derecho del trabajo, aproximación que también se está produciendo en el contenido de ambos a regímenes jurídicos”¹⁹, generando por una parte, lo que se ha denominado como la laboralización del derecho funcionarial.

La recién promulgada Ley del Estatuto de la Función Pública ha establecido un puente normativo de acceso equiparativo hacia la legislación laboral que permite esa “laboralización del derecho funcionarial”, pues se han traído protecciones típicas de ese régimen laboral ordinario aplicables ahora por extensión a la labor pública.

Tal sería el caso de la aplicaciones extensivas contempladas en los artículos 28, 29, 32 eiusdem, los cuales expresamente consagran que los funcionarios públicos gozaran de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de

¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Obra citada. Pg.200.

Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y en su Reglamento, en los aspectos atinentes a la prestación de antigüedad, la protección integral a la maternidad, el derecho sindicalizarse, a la convención colectiva y a la huelga.

En todas estas asimilaciones normativas, el legislador del Estatuto de la Función Pública ha expresamente sustraído de los tribunales laborales, el conocimiento de cualquier conflicto o controversia relacionado con estos derechos equiparados a la legislación laboral, siendo ahora exclusiva competencia jurisdiccional de los tribunales regionales contenciosos administrativos funcionariales de la circunscripción territorial, donde se genere el acto funcional que produce la lesión subjetiva.

Con este especial fuero judicial atrayente para solventar los conflictos generados con ocasión de estos derechos asimilados de la legislación laboral, se resuelve cualquier crítica u oposición sobre la laboralización citada, ya que la visión más ponderada del juez contencioso administrativo viene a dar un tangible equilibrio al ejercicio de esos derechos; lo cual fuese muy distinto, si se hubiese establecido la competencia del conocimiento de sus controversias a un juez laboral, el cual siempre tendrá una visión desmedidamente protectora de la esfera de los trabajadores.

En tal sentido, al analizar en detalle estas disposiciones resalta la asimilación del tratamiento del derecho a prestaciones por concepto de antigüedad, previsto en el artículo 28 de la prevenida Ley del Estatuto de la Función Pública. Como es fácil observar dicha norma otorga a los servidores públicos el mismo tratamiento que los

derechos de antigüedad previstos en la legislación laboral ordinaria²⁰ para los trabajadores, no sólo por la cuantía de los días de sueldo correspondientes en atención a las fracciones trabajadas, sino también por la obligación del ente público de depositar dichas prestaciones en un fideicomiso o en un fondo de prestaciones.

Esas prestaciones sociales deberán ser canceladas integralmente al término de la relación funcional, mientras que los intereses que generen los montos depositados por concepto de prestaciones causadas deberán cancelarse anualmente; asimismo taxativamente se dispuso que tales intereses estarían exentos de impuesto sobre la renta, y la posibilidad de su transmisibilidad por efecto mortis causa. De la misma manera, se consagró la potencialidad de acceder a anticipos sobre los montos acumulados por concepto de prestaciones hasta por un setenta y cinco (75%) por ciento, por causa de necesidades de atención médica, vivienda o pensiones escolares; lo cual es perfectamente aplicable por analogía de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, ya que en el texto vigente de la Ley de funcional se suprimió esa enunciación, la cual si estaba insertada expresamente en el artículo 30 del Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por otra parte, el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé un cúmulo de potestades para los funcionarios públicos entre las cuales resaltan el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de sus conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, denotándose un paralelismo expreso con las previsiones establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, obviamente, siempre que sea compatible con la índole de los servicios

²⁰ Al respecto ver artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo.

que prestan dichos funcionarios y de acuerdo a las exigencias de la Administración Pública.

Sin embargo, es importante resaltar que en la Ley del Estatuto de la Función Pública, se suprimió todo el capítulo que específicamente estaba referido al derecho a huelga y se encontraba en el Decreto Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, en sus artículos 137 y siguientes, los cuales pretendían dar un tratamiento especial a tal derecho funcional estableciendo una sinonimia con lo establecido en la legislación laboral. No obstante, en ese capítulo especial se planteaba que ese derecho a huelga se ejercería exclusivamente por intermedio de las organizaciones sindicales siempre que se garantizara la prestación de los servicios públicos esenciales, cuya extensión sería calificada por el Presidente de la República, so pena de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, aunada a la probabilidad de la aplicación de la sanción de destitución o de no remuneración económica de las participantes. Lo cierto es que, debido a la supresión de ese capítulo específico en la ley funcional, todo lo respectivo a al derecho a huelga funcional queda sometido a la regulación analógica de la Ley Orgánica del Trabajo, excepto su sanción por afectación del servicio público, la cual quedo expresamente reseñada como causal de destitución en el numeral 5 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En otro orden de ideas, requiere de un especial comentario la regulación de la especial situación de la mujer embarazada en el ámbito funcional, la cual por fortuna, fue reivindicada en la Ley del Estatuto de la Función Pública, por cuanto en el artículo 34 Decreto Ley sobre el Estatuto de la Función y de la Ley funcional del 12 de marzo de 2002, se preveía un tratamiento irregular para las mujeres

en gestación que se encontrasen en cargos de libre nombramiento y remoción, al erigir una verdadera situación gravosa y discriminatoria para ellas.

Ese paradójico artículo 34 pretendía edificar que las funcionarias de libre nombramiento y remoción que se encontrasen en estado de gravidez, podían ser retiradas en cualquier momento del servicio público, siempre que, previamente se les cancelase una indemnización equivalente a seis meses de sueldo. Con esta aseveración normativa se pretendía darle prelación al carácter de libre nombramiento y remoción sobre la situación del estado de gestación de la funcionaria que se encontrase en ese tipo de cargo, lo cual a todas luces es una verdadera afectación al llamado fuero maternal de previsión constitucional y legal, el cual es la verdadera situación jurídicamente tutelada, muy por encima de la calidad del cargo.

De manera que, inclusive hasta para un inadvertido lector ante esa redacción normativa se le presentarían diversas inquietudes y objeciones, como podrían ser: ¿por qué se plantea como “indemnizable” la situación del embarazo materno?; ¿No es una verdadera contradicción hablar de indemnización a una situación que constituye una labor natural reproductiva, indelegable e indisponible, consustanciada con la naturaleza femenina?; ¿por qué darle mayor prelación a la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción sobre la situación de mayor entidad y protección legal, como es el desarrollo integral del niño en gestación?; ¿qué criterio privó en la fijación de la cronología de seis meses para la mal llamada indemnización?; sí el fuero maternal es una protección para el niño gestación ¿Por qué no establecer un pago de por lo menos un año

luego del alumbramiento o parto del niño, equiparándolo a la legislación laboral?.

Como es evidente esa construcción original de ese artículo 34 era a todas luces inconstitucional y discriminatoria. Inconstitucional ya que sin lugar a dudas atentaba contra la previsión del artículo 76 de la actual Constitución de 1999, la cual es exactamente igual a lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución de 1961, que erige la llamada “Protección Integral de la Maternidad o Fuero Maternal”, el cual también han sido objeto de patrocinio en múltiples convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, y que ahora tienen rango constitucional por previsiones de la misma Constitución de 1999.

Además la Constitución de 1999 prevé en su artículo 22, la denominada “cláusula de cobertura abierta para la constitucionalización de cualquier otro derecho relativo a la persona humana que no se encuentre expresamente consagrado en el texto fundamental”, que es absolutamente idéntico a la previsión establecida en el artículo 50 de la Constitución de 1961, a través de la cual, antes y ahora, se ha reconocido pacífica y reiteradamente la constitucionalización del artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece la protección amplia del Fuero Maternal aplicable a la función pública por mandato imperativo del aún vigente artículo 8 eiusdem.

Cabe destacar que por ese Fuero Maternal, se ha entendido una situación protectora la cual está concebida en función de garantizar no sólo el hecho mismo de la maternidad sino también la defensa global del desarrollo integral del niño, en consecuencia, no sólo se

protege el derecho a la inamovilidad que tiene la mujer embarazada, sino también abarcaba a un cúmulo de situaciones de diversa naturaleza, tales como, el derecho del descanso, a la lactancia, a compartir con su hijo y otros aspectos que materialicen la defensa global del desarrollo integral del niño, entre los cuales es resaltante, el derecho a detentar de un salario que le permita alimentarse ella y por ende alimentar intrauterinamente a su niño en formación.

Ejemplo de esa constitucionalización del artículo 384 y de su amplia extensión es una decisión dimanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el expediente 98-20789, Caso Neyis Pérez, en la cual tuvimos la oportunidad de participar como relator del Magistrado Luis Ernesto Andueza, en donde a esa ciudadana que se encontraba en gestación y prestaba labores para la administración pública municipal, y aún cuando gozaba de inamovilidad funcional, fue destituida injustificadamente.

En esa decisión aún cuando se trataba de un amparo constitucional autónomo, se otorgó protección al fuero maternal de la ciudadana accionante, previsto en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo, constitucionalizado por el artículo 50 de la Constitución vigente para ese entonces y aplicable a la función pública por mandato taxativo del artículo 8 eiusdem, pues se denotaba diáfaramente el quebrantamiento ignominioso de su inamovilidad funcional debido a su embarazo conocido, ordenándose su restitución a la función pública y por vía de protección directa del derecho a la protección integral del niño en gestación, se ordenó la cancelación de todos los salarios a los cuales tenía derecho. Este ulterior mandato se hizo en ejercicio de las potestades que detenta el juez Constitucional de naturaleza reestablecedora o restitutoria del derecho constitucional, y

no se trataba en manera alguna de un mandato indemnizatorio, pues como es ampliamente conocido el amparo no es resarcitorio, ni constitutivo, o de contenido indemnizatorio; la obligación de pago de la Administración Pública no es considerada como una indemnización pues no es un cumplimiento por equivalente, sino es parte del derecho mismo protegible por la acción constitucional, en virtud de la amplitud del concepto protección integral del niño en gestación por el fuero maternal .

Afortunadamente dentro de las benéficas modificaciones efectuadas por la actual Ley funcionarial a las leyes de la Función Pública que nunca entraron en vigencia, fue la adecuada redacción del actual artículo 29, que no hace distingo alguno entre las funcionarias públicas, de carrera o de libre nombramiento y remoción, que se encuentren en estado de gravidez, determinado que “gozaran de la protección integral a la maternidad en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.”

BIBLIOGRAFÍA

DE PEDRO FERNÁNDEZ, ANTONIO. “La Ley de Carrera Administrativa. Doctrina Legislación y Jurisprudencia”. Caracas. 1993.

DE PEDRO FERNÁNDEZ, ANTONIO. “Realidad y perspectiva de la función pública venezolana”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1982.

DE PEDRO FERNÁNDEZ, ANTONIO. “Régimen funcionarial de la Ley de Carrera Administrativa”. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1997.

GHERSI MARTINEZ, VIVOT (h) y DE ANTUENO MARCER, CRUCHAGA. “Responsabilidad de los funcionarios públicos”. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1987 .

MARMOLEJO ESPITIA, OSCAR HUMBERTO. “Régimen disciplinario de los servidores públicos”. Editorial Leyer. Bogotá. 2002.

RODRÍGUEZ FALCON, JOAQUIN. “Los Deberes y la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos”. Paredes Editores. Caracas. 1985.

RODRÍGUEZ FALCON, JOAQUIN y MARIA COLLETTI CACCIABAUDO. “Introducción analítica al reglamento general de la ley de carrera administrativa”. Ediciones de función pública venezolana. Caracas. 1982.

RONDON DE SANZO, HILDEGARD. “El funcionario publico y la ley orgánica del trabajo”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1991.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Editorial Tecnos. Tercera Edición. Madrid España. 2002.

TORRES IVAN DARIO “Derechos y deberes del trabajador y del funcionario público”. Italgráfica S.A. Caracas 1994.

***Carlos Luis Carrillo Artiles.**

Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela.

Post Grado de Especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

Doctorando en Derecho en el Centro de Estudios de Post-Grado de la Universidad Central de Venezuela.

Investigador Docente adscrito al Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

Profesor de Post Grado en la Especialización de Derecho Administrativo, en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

Profesor de Post Grado en Derecho Constitucional Comparado en la Universidad Libre de Colombia.

Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario

Director Académico del Centro de Estudios Superiores Constitucionales y Administrativos.

Miembro Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.

Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal Sección Constitucional. Capítulo Venezuela.

Ex Consultor Jurídico de la Bolsa de Productos e Insumos Agropecuarios de Venezuela.

Ex Relator de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Ex Consultor Jurídico de la Comisión Nacional de Valores de Venezuela