

LA FUNCIÓN CONTRALORA Y SU VIGENCIA EN LAS DISTINTAS EXPRESIONES DE LO PÚBLICO¹

Graciela SORIANO DE GARCÍA-PELAYO

SUMARIO: I. *Los significados de lo público.* II. *El Estado.* III. *El origen: personalismo e institucionalización.* IV. *La sociedad y “lo privado”.* V. *Entrando en el problema.* VI. *Un proceso multiseccular.* VII. *Los comisionados, los oficiales y el rey.* VIII. *Control recíproco y personificación del poder.* IX. *La responsabilidad.* X. *La función, la norma y el control.* XI. *Norma, responsabilidad y procedimientos.* XII. *Crisis y retroceso de la función contralora.* XIII. *Lealtad vs. calificación.* XIV. *La debilidad de la función contralora.* XV. *Gómez institucionalizador: el Estado y la Contraloría.* XVI. *Otra vez ¿lealtad o calificación? ¿Personalismo o institucionalización?* XVII. *Hacia tiempos más recientes.* XVIII. *En tiempos muy recientes.*

I. LOS SIGNIFICADOS DE LO PÚBLICO²

La noción de “lo público” se ha especificado y definido históricamente en el mundo occidental por una triple referencia: 1) a la transparencia o externalidad espontáneas, porque no hubiera razón ni interés en ocultar nada; 2) a la espectacularidad o a la notoriedad por la repercusión o resonancia natural de aquello que por su importancia no se puede ocultar; 3) a la dimensión política de la vida en todo tiempo, hoy se diría a lo relativo al

¹ Puede verse una primera aproximación al tema con el mismo título en *Contraloría y gobierno. Una relación difícil*, Caracas, Contraloría General de la República, 1996.

² Para una aproximación más completa y precisa a la noción de “lo público” véase mi “Aproximación a lo público y lo privado...”, *Lo público y lo privado*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1996, vol. I.

Estado y a la vigencia operativa de la democracia y de la libertad. Pero la nota que en términos generales conjuga estas visiones y caracteriza propia y definitivamente lo público está dada por su 4) referencia a la dimensión más general de la vida de las sociedades, a la totalidad de la población de una república entendida como entidad política jurídicamente ordenada signada en los contextos democráticos de hoy por la “participación de los más”. En este sentido, lo público se especifica como lo que atañe a todos, afecta a todos, beneficia a todos, interesa a todos. En la medida en que la configuración de “lo público” en ese sentido lo ha vinculado al Estado, al derecho y a la libertad, ha sido objeto, expresión y resultado de un proceso histórico durante el cual se han ido especificando y fortaleciendo las notas que en las respectivas entidades políticas han involucrado a la dimensión pública con la configuración institucional de la vida dentro del Estado. Es clara, pues, la relación estrecha entre la institucionalidad, “lo público” y el Estado.

II. EL ESTADO

Es necesario insistir en que, cuando se hace referencia al Estado, no se hace en los términos generales en que por lo común se toma en consideración a cualquier entidad política de cualquier tiempo y lugar, sino al Estado entendido como una realidad específica del mundo moderno occidental que —distinta y discernible de la sociedad— se estructura en un aparato político-administrativo despersonalizado indisolublemente vinculado a dos pilares esenciales que bien pudieran ser tres: ejército y burocracia, a los cuales se uniría el tercero, el fisco, pues ejército y burocracia son impensables sin los ingresos fiscales que nutren las bases de sustentación de los pilares estatales de la hacienda y del presupuesto militar.³

La significación del Estado como “tipo” histórico implica entender, a su vez, que, en la medida en que se trata de una realidad con vigencia en el tiempo, no se ha conservado idéntica a sí misma a lo largo de los siglos, sino que se ha desplegado en múltiples formas (Estado “estamental”, Estado absoluto, Estado liberal, Estado democrático-liberal, Estado social, Estado social y democrático de derecho, Estado de partidos, Estado de derecho y de justicia) a través de las cuales ha conservado, no obs-

³ No estamos olvidando los componentes clásicos referidos al territorio, la gente y el poder, clásicas referencias del Estado.

tante, las notas esenciales que lo constituyen como entidad diferenciada de la sociedad, suficiente y eficaz para encarnar “lo público” en virtud de su cuota en la actualización —para todas las épocas— del orden, de la paz social, del bien común y la justicia en la sociedad.

III. EN EL ORIGEN: PERSONALISMO E INSTITUCIONALIZACIÓN

Lo dicho significa, en términos de Weber,⁴ que en la historia occidental el proceso de estructuración del Estado supone la sustitución de formas personales y patrimoniales de ejercicio del poder (y la conservación del orden en las sociedades en las cuales privaban el parentesco, el favor, la lealtad, la personalización y la cosificación del cargo —aún no— público), por formas administrativas abstractas, es decir, racional-burocráticas, en las que dichos cargos se definen —por el contrario— como instancias especializadas, objetivas y reguladas por el derecho, que se proveen mediante exigencias de conocimiento y experiencia a los “medios personales de gestión del poder público”, es decir, a los funcionarios que los cubren en virtud de su idoneidad; en una palabra, de su responsabilidad, calificación y competencia para el ejercicio.

Pero lo que resulta tan fácil de decir en sólo un párrafo no fue tan sencillo de lograr en el desarrollo histórico occidental efectivo a través de los siglos XIII y siguientes. Un vistazo a la historia muestra que este proceso tomó, aparte de mucho tiempo, mucho esfuerzo, y que, a la vez que se distinguían y perfilaban las distintas funciones y competencias (cargos temporales o permanentes, entendidos respectivamente como comisiones o como oficios) que hicieran efectivo, eficiente y eficaz el funcionamiento y la existencia de la entidad política,⁵ se producía, a su vez, el tímido desarrollo y diferenciación concomitantes de “la sociedad”.

IV. LA SOCIEDAD Y “LO PRIVADO”

En este sentido, la especificación de uno de los significados de “lo público”, lo relativo al Estado con el cual hemos comenzado, tuvo como

⁴ *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, vol. I.

⁵ Hintze, Otto, *Historia de las formas políticas*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, *passim*; Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968; un clásico sobre el tema lo constituye Loyseau, Charles, *Traicté des Offices*, París, 1614.

contrapartida el desarrollo y especificación de “lo privado” como noción referida a la sociedad; a sus dimensiones específicas, como lo doméstico, el interés particular, la actividad económica, la conciencia religiosa. Sin este correlato es imposible entender el esfuerzo histórico que supuso el proceso de especificación tanto de “lo público” como de “lo privado” cual dicotomías actuantes en la estructuración del Estado y de la sociedad, y, sobre todo, en sus especificidad y diferenciación mutuas. La conciencia de esta tensa relación entre lo público y lo privado a lo largo de su desarrollo va a permitir a su vez entender la presencia, la significación y el sentido de la función contralora como coadyuvante en esa especificación de lo público en el Estado (que mencioné al principio),⁶ no menos que al desarrollo de la noción de “libertad”.

V. ENTRANDO EN EL PROBLEMA

A los efectos de esta comunicación, en un sentido amplio, que comprende diversas dimensiones del control, es necesario advertir, antes de entrar propiamente en el tema, que desde una perspectiva histórica general, dicha función contralora se ha entendido: 1) como control político difuso, pero perceptible en su origen, susceptible de presentarse espontáneamente como expresión de las tensiones políticas entre individuos y/o grupos por el poder, y que llega a tener su expresión institucionalizada en la noción de “oposición”, que se configura ya en el siglo XVIII.⁷ Es un control ciertamente efectivo, pero variablemente disperso o concentrado, según las épocas y las circunstancias. En segundo lugar, 2) como control administrativo, o de la idoneidad en el cumplimiento de la función pública, en relación con el cual se manifiesta el celo por la exigencia de responsabilidades y de calificación para el cumplimiento de dicha función. Por último, 3) como control económico-fiscal referido a los ingresos y egresos del Estado, a la percepción y a la buena o a la mala verificación de los dineros públicos. Retomando el hilo de este discurso diré que en el triple proceso de configuración del Estado, de la sociedad y de la función contralora como expresiva de la vigencia de “lo público” en el mundo hispánico es difícil —aunque no imposible— percibir sucesivos

⁶ Véase p. 1.

⁷ Véase mi “La noción de oposición como expresión histórica de la disconformidad política”, *Politeia*, núm. 21, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1998, pp. 165-189.

momentos en cada uno de los cuales se va desarrollando una lógica conducente al perfil de la función y de la institución. Intentaré explicitarlos y descubrirlos para tipificar el caso y facilitar la comprensión.

VI. UN PROCESO MULTISECULAR

Los inicios tienen lugar en la realeza peninsular de la Edad Media, donde priva la concepción personal y patrimonial del ejercicio del poder, y donde el “gobierno” —ejercido desde la pluralidad de centros relativamente autónomos, pero mutuamente interrelacionados horizontal y jerárquicamente, característicos del mundo señorial y/o feudal— se entiende como administración de justicia.⁸ No existe aún una noción clara de lo público —ni de su distinción de lo privado— ni por tanto la diferenciación entre Estado y sociedad; dominan los intereses particulares y/o comunitarios, y el mundo político (más bien gubernamental, porque el uso de la palabra “política” sólo se generaliza en el siglo XIII),⁹ efectivamente estructurado sobre múltiples relaciones de dependencia, bien comunitarias, bien interpersonales, presididas por coordenadas universales (Iglesia e Imperio), no se diferencia —en principio— de “lo social”. El régimen de tenencia de la tierra (“bien económico” éste, por excelencia, pero no único en la medida en que el dinero va penetrando en todas las dimensiones de la vida) resulta indispensable para la actualización de relaciones de poder en las que sea necesario o pertinente el reconocimiento de alguna prestación o contraprestación material. En todo caso, aún no hay especificación precisa 1) del “cargo” como instancia impersonal abstracta; 2) de su cobertura profesional especializada, y 3) de la previsión presupuestaria para cubrir el desempeño efectivo de la función. Por tanto, la función pública no existe, en esta primera etapa, como propiamente pública. Existen los cargos domésticos del emperador o del rey (cada vez más dispuesto a sentirse y a saberse *imperator in regno suo*) y sus portadores, unidos a la jefatura o cabeza por relaciones de parentesco o amistad. En tiempos turbulentos y, como estos, de escaso desarrollo administrativo e institucional, la calificación o destreza es —en todo caso— menos importante que la lealtad.¹⁰

⁸ Ullmann, Walter, *Principios de gobierno y de política en la Edad Media* (1961), Madrid, Revista de Occidente, 1971.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Weber y Hintze, *op. cit.*, notas 4 y 5.

VII. LOS COMISIONADOS, LOS OFICIALES Y EL REY

En un segundo momento, el rey amplía sus horizontes y expande el ámbito del ejercicio de su poder, comenzando a cubrir un haz de cometidos de carácter más general, que empiezan a cumplirse por los miembros de su casa en un principio, luego por comisionados u oficiales adscritos a un cometido.¹¹ La recurrencia de necesidades y la reiteración de las soluciones por vía de la comisión (temporal) o del oficio (permanente), están, pues, en el origen de la burocracia. Comisionados y oficiales van constituyendo una especie de red de agentes al servicio del rey, preocupada por/o encarnación de/un interés más general —en ese trance de pasar de lo común a lo público—, que se vincula a/o se personifica en/la figura del monarca. Pero eso no hace desaparecer los intereses particulares; en cierto modo los potencia, porque se fortalecen y benefician de la situación, en virtud de lo cual se produce entonces un curioso sistema de tensiones y presiones particulares entre los eventuales portadores de los cargos y el rey sobre un paradójico telón de fondo sobre el que imperceptiblemente avanzan las notas de “lo público”. Desde la perspectiva real, la necesidad de gente que asuma esas funciones que aumentan día tras día a medida que se expande el poder real lleva a tener que contar con más personas a las cuales hacer más de una concesión, reconocimiento o contraprestación. Desde la perspectiva de los particulares, participar en la empresa del rey es darle apoyo a sus políticas, sí, pero también es ganar para sí cuotas de confianza, de bienestar y de poder¹² por las cuales es posible que incluso el rey se beneficie económicamente si como contrapartida vende los oficios y nutre sus ingresos fiscales. Este embrión de lo público configura, así, un tercer momento (que ruego recordar, igual que el anterior, en la medida en que aludiré a él en relación con nuestra época), en un juego de intereses particulares del rey y de sus servidores.

VIII. CONTROL RECÍPROCO Y PERSONIFICACIÓN DEL PODER

Y cabe preguntarse: en el juego descrito ¿existe algún control?, ¿qué es lo que se controla?, ¿quién controla a quién? En un esquema de Cons-

¹¹ Hintze, *op. cit.*; Schmitt, *op. cit.*

¹² Tomás y Valiente, “Origen bajomedieval de la patrimonialización y de la enajenación de oficios públicos en Castilla”, *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, IEA, 1970, pp. 138 y ss.

titución estamental¹³ en el que el poder se ejerce por los dos polos del binomio *rex-regnum*, en el que los estamentos políticos proveen los ingresos para el funcionamiento de la realeza como germen anticipado de “lo público”, los particulares excéntricos al círculo del rey, desde las Cortes, controlan el ejercicio del poder por esos otros particulares que junto al rey actúan en su nombre, bien directamente como instrumentos reales efectivos, bien como instrumentos cuyo cargo ha sido enajenado por el rey mediante la concesión de “mercedes” a cambio de dinero. Así, el control sobre las actuaciones del rey y sus instrumentos obedece al interés de los excéntricos en la defensa de sus libertades y derechos estamentales frente a los actos que emanan de la prerrogativa real. Por eso es incluso posible que el mundo de los particulares en Cortes se haga más fuerte y que pretenda y logre controlar las acciones gubernativas del rey en propia defensa de su estatus jurídico estamental.¹⁴ De hecho, hubo procedimientos expresivos de la institucionalización de esta acción contralora de la comunidad sobre los agentes del poder del rey. Figuras como el “contrafuego” o la “contrafacción”, el *procés de dubta*, fueron procedimientos extraordinarios a través de los cuales la comunidad —en aquella sociedad juscéntrica— exigía el cumplimiento de las normas. El “recurso de agravios”, además, exigía responsabilidades por una actuación concreta que hubiera ocasionado un perjuicio no menos concreto.¹⁵ Expresiones de tensiones de este tipo son constantes entre el rey y los agentes particulares de su gestión; también constante la tendencia a dirimir las Cortes. Como el rey no tiene medios suficientes de gestión (comisionados y oficiales, y dinero) para cubrir toda la gama de necesidades de interés general que su voluntad real desea satisfacer, se ve obligado a seguir contando con sus particulares y a ceder ante ellos: sigue vendiendo los oficios y, por esta vía, los enajena: en cierto modo los privatiza en sus portadores a cambio de los ingresos que le hacen falta para su hacienda. Pero la función se cumple y se cubre la necesidad; puede pensarse que el rey pierde la libre disponibilidad de los cargos (sucede, por ejemplo, en tiempos de Enrique IV de Castilla, menos en los de Juan II), pero conser-

¹³ García-Pelayo, Manuel, *La Constitución estamental*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2006.

¹⁴ Se trata de una versión *avant la lettre* del principio suscrito en el XVIII, según el cual “le pouvoir arrête le pouvoir”.

¹⁵ Lalinde Abadía, Jesús, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, Madrid, EA, 1950, p. 185.

va el control del sistema que posibilita tal régimen de cosas, reservándose la potestad de vender los cargos o de concederlos “por merced”. Se establece así, en términos particulares de aquella sociedad (porque no siempre resguarda intereses precisamente públicos), una especie de amplio y mutuo control de intereses en tensión de todo tipo, especie de control político que puede tomar muchas formas y fundamentarse en muchas más razones, dentro de un esquema en el que la última palabra va a tenerla el rey, quien a la vez que encarna la entidad política de la que dependen los cargos cuya existencia produce la tensión actúa como árbitro y particular en el juego descrito.

IX. LA RESPONSABILIDAD

Existen otra clase de controles posteriormente presentes tanto en España como en sus Indias, que se remontan —igual que el desarrollo al que acabo de referirme— a la Edad Media. Se remiten fundamentalmente a la exigencia de responsabilidad en el cumplimiento de esas funciones. Desde los siglos XIII y XIV se proyectan hacia la época moderna cuatro elementos indispensables para la vigencia de la función contralora en el segundo y tercer sentido anotados (administrativo, y económico o hacendístico fiscal), que en un principio no estaban discriminados claramente. En principal y único lugar, la contemplación del oficio en la norma: expresa especificación de sus características; de las condiciones e impedimentos para su ejercicio; de su duración en un mismo titular, etcétera. Quedan así contemplados en la norma: 1) las causas que sustentan la puesta en marcha de la función contralora; 2) los instrumentos burocráticos (medios personales de gestión) que posibilitan el control, y 3) los procedimientos mediante los cuales se hace efectivo dicho control, sin olvidar las formas de control de los propios controladores.

X. LA FUNCIÓN, LA NORMA Y EL CONTROL

Desde la perspectiva de la norma, en el momento en que se especifican en ella: i) las necesidades político-administrativas; ii) los medios con que se cuenta para cubrir las; iii) las condiciones que deben cumplirse por parte de quienes están llamados a ello, y iv) las responsabilidades que pueden exigirse al funcionario en razón de su estatus, se configura el

punto de referencia institucional firme sobre el cual es posible exigir cabalmente el cumplimiento tanto de la función como de su control. Huelga expresar que esto sólo ha sido posible en la historia cuando se ha alcanzado un nivel dado de desarrollo (objetivación) de la estructura político-administrativa (es decir, del Estado), sin el cual estas condiciones no están presentes.

No puede haber exigencia de responsabilidad sin especificación de causas justas para ello, las que en principio se reducen a la negligencia en el oficio y a la insuficiencia en el ejercicio. Históricamente, las causas han variado, porque según las épocas, varían los criterios que configuran la responsabilidad. Pero en términos generales pueden señalarse para los tiempos que estoy reseñando: i) la comisión de daños corporales y económicos; ii) la desobediencia; iii) el incumplimiento de deberes, y iv) la inmoralidad económica.¹⁶ La pluralidad de las causas remitiría a la tipificación de las faltas y a la especificación de las sanciones. No entraré en este tema, que llevaría por los interminables caminos relacionados con la diferenciación y especialización de las ramas del derecho a lo largo de la historia.

XI. NORMA, RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTOS

Desde la perspectiva de los procedimientos, para la exigencia de responsabilidades a los funcionarios existió lo que se ha calificado como procedimientos nominados y procedimientos innominados.¹⁷ Los más pertinentes al objeto de esta ponencia son los primeros. Entran dentro de este grupo: 1) la pesquisa; 2) la inquisición; 3) la residencia; 4) la purga de *taula*; 5) la visita, y 6) el expediente. Me detendré en ellos, porque tuvieron vigencia continuada en América hasta la Independencia. El origen de los dos primeros se remonta al siglo XIII; la residencia tiene orígenes más remotos y curiosos: parece datar de una constitución del emperador Zenón del siglo V, incluida el siglo siguiente en el Código y en las Novelas de Justiniano, rescatada en la Sicilia de Federico II (siglo XIII), recogida en las Partidas de Alfonso el Sabio el mismo siglo XIII, practicada en Castilla durante el siglo XV. Reglamentada definitivamente por los Reyes Católicos al alba del siglo XVI (pragmática del 9 de junio de

¹⁶ *Ibidem*, p. 195.

¹⁷ *Ibidem*, p. 181.

1500, Nov. Rec. III, 7, 8-21), pasa a las Indias en 1501. La visita es más moderna, y coexiste con la purga de *taula* y otros procedimientos ordinarios con algunos de los cuales se confunde. El “expediente” es procedimiento aún más actual.

Estos procedimientos se conocieron y se practicaron durante tres siglos en todo el mundo hispánico —Venezuela incluida—, e involucraron la actuación de un tipo de funcionario específico del que dependía en principio el cumplimiento de esta función: el *fiscal*, origen del ministerio público en el que estuvieron unidas responsabilidades que se fueron especificando con el correr del tiempo en un proceso de siglos que conduce muy recientemente a las figuras del procurador, del contralor y del fiscal propiamente dicho. La institución se perfila nítidamente con las Ordenanzas de 1571, con las cuales “se echan las bases y definen los perfiles del ministerio público indiano”,¹⁸ atribuyendo al fiscal, entre otras cosas, “averiguar en qué medida los funcionarios de allende el Atlántico cumplen con sus oficios y cargos”.¹⁹ Huelga decir que este control del funcionario de la administración por el fiscal (había fiscales del Consejo de Indias y de las audiencias) tiene su propia historia hasta el siglo XVIII, de la cual sólo recordaré la importancia que tuvo la institución en la época borbónica, como instrumento para abatir la estructura de gobierno conciliar de la monarquía de los Austrias; en el caso concreto americano para abatir los poderes del Consejo de Indias.

En el control del erario también tuvo importancia el fiscal. Sin entrar en el desarrollo histórico de las instituciones de Hacienda para el mundo americano, es pertinente recordar el papel del “promotor fiscal” de la Casa de Contratación desde 1546,²⁰ no menos que el juicio que cien años después sentaría en 1647 Gaspar Escalona y Agüero al expresar que el fiscal era

...el celador de los que administran... [la Hacienda del Rey]..., sobrestante de los que la ordenan y reducen a cálculo; inquisidor de los que la defraudan; procurador de lo que conduce a su beneficio y, finalmente, protector y abogado del soberano señor, con ardimiento lícito y sin ánimo calumnioso.²¹

¹⁸ Suárez, Santiago Gerardo, *Los fiscales indianos, origen y evolución del Ministerio Público*, Caracas, ANH, 1995, p. 60.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 92.

²¹ *Gazophilatium*, cit. por Sánchez Bella, en Suárez 1995, p. 422.

Puede recordarse, no obstante, que la función contralora en este ámbito se cumple —contando con los antecedentes indicados del caso— desde el momento del descubrimiento en la Casa de Contratación de Sevilla. Luego se transfiere a las reales audiencias, pero en el siglo XVIII fue de la competencia mucho más directa de las intendencias, de reciente creación borbónica, las cuales asumieron todo lo relativo al control del gasto público. No fue sino hasta 1751 cuando se creó en Cuba —donde no existía Audiencia— “un fiscal de hacienda con definidos cometidos judiciales”,²² dado que la jurisdicción de hacienda se desprendió de la ordinaria²³ sólo cuando se crearon tribunales de cuentas competentes e idóneos para conocer judicialmente de estos temas.

XII. CRISIS Y RETROCESO DE LA FUNCIÓN CONTRALORA

La Independencia significó una ruptura en el proceso institucionalizador de estos controles de la función pública. Los condujo por otros derroteros y los volvió —desde ciertas perspectivas— a un punto de partida desde el cual la función contralora del Estado, manifestación —como se ha visto a lo largo de estas páginas— de la emergencia y desarrollo de lo público, se hizo tan débil como las propias estructuras estatales liberales de las que en esta parte del mundo pretendía ser expresión. Era lógico que se proscibiera la función contralora en los términos que se la había entendido desde la perspectiva del Estado absoluto del antiguo régimen. Pero si bien se pretendía evitar abusos y malos usos por parte de la incipiente y todavía imprecisa, débil y frecuentemente improvisada administración republicana, se carecía de estabilidad civil, de instituciones arraigadas, de experiencia republicana en el manejo de lo público, de calificación y de experiencia liberal y cívica, y ello no sólo por parte de los funcionarios, sino de toda la sociedad. En cierto modo se volvía al medievo en la medida en que la inestabilidad social y política, la debilidad institucional y la heterogeneidad y complejidad de las sociedades americanas independientes retrotraían o devolvían al sistema político a las formas personales y patrimoniales del ejercicio del poder en las que la lealtad era más importante que la calificación y la experiencia.

²² Suárez, *op. cit.*, p. 418.

²³ *Ibidem*, p. 409.

En tiempos anteriores la responsabilidad del funcionario había supuesto varias cosas: 1) un orden administrativo objetivo, en el que el cumplimiento de las funciones se hubiera establecido previamente en una norma; 2) la exigencia de capacidad para el ejercicio del cargo; 3) incentivos anejos a la provisión del mismo (económicos, profesionales, de ascenso y prestigio social, etcétera), y 4) un sistema de controles en el que se contaban —como hemos visto— la especificación de las causas, los procedimientos, y los instrumentos que lo hicieran efectivo. En el proceso inestable de desinstitucionalización y reinstitucionalización que se iniciaba con la república se habían roto aquellos moldes, y era difícil encontrar los nuevos.

XIII. LEALTAD *VS.* CALIFICACIÓN

Por lo pronto, la función contralora se reduce. Cuando la lealtad se considera más necesaria que la calificación —en cierto modo, en épocas turbulentas, de aquélla depende la existencia del orden civil posible— tienden a difuminarse las responsabilidades de la administración, porque tienden a su vez a confundirse el sujeto activo (el que controla) y el sujeto pasivo (el que es eventualmente controlado) de la función contralora. Como se trata de épocas inestables, de tránsito institucional, en las que los recursos económicos del fisco son indispensables para hacer efectiva la gestión gubernamental, se cuida preferentemente de los fondos públicos; pero frecuentemente tiende a confundirse la bolsa pública con la bolsa privada, en la medida en que se entienda que el cargo público puede considerarse como botín o como compensación por servicios o favores políticos. Por eso las medidas contraloras que se actualizan desde el gobierno²⁴ tienden a ser terribles, draconianas, cuidando la honestidad en el manejo de los fondos a base de reiteradas penas de muerte por la transgresión.

Pero el curso histórico, con todo, no impidió ni frenó el planteamiento normativo, incluso exagerado —el decreto promulgado por Bolívar para el caso consta de 237 artículos— sin la contrapartida efectiva, real, que le diera sustento y realidad. Era, por eso, un craso error regular tan exhaustivamente la función contralora. Era no hacerla efectiva, sino com-

²⁴ En Cabrera E. *et al.*, *Historia de la Contraloría General de la República*, Caracas, Ediciones de la CGR, 1988, vol. I, p. 146.

plicarla, y, a fin de cuentas, dejar amplios márgenes a la discrecionalidad o a la arbitrariedad. La función contralora se plasmaría reiteradamente en la norma (8-3-1827; 14-10-1830; 28-5-1837; 15-10-1856; 24-6-1858; 6-6-1860; 1873; 1884; 1899);²⁵ mucho menos se instalaría en la realidad, aunque se vinculara siempre con el seguimiento de los ingresos, la administración y gastos de los recursos económicos del “Estado”.

XIV. LA DEBILIDAD DE LA FUNCIÓN CONTRALORA

Lo expresado significa que la Independencia trajo consigo un desajuste de la vida institucional, que se traducía en alteración política, ineficiencia administrativa y debilidad de lo público. Sus protagonistas —demasiado preocupados y ocupados en conservar y preservar el incipiente orden— no estaban en condiciones de entenderlo así, y carecían de los instrumentos, del saber y de la experiencia liberal que les hacía falta para impulsarlo con acierto. Eso es algo que no se está aún —por cierto— en actitud y condiciones de saber, aceptar y comprender. La alteración institucional que produjo el tránsito de un régimen a otro (del Estado absoluto al Estado liberal) se expresaba en el rechazo de las viejas instituciones contrarias a los postulados ideológicos de la libertad y de la igualdad entendidas en los nuevos términos que acuñaran la experiencia norteamericana y la Ilustración. Pero rechazo implicaba sustitución, y no se estaba preparado para sustituir. El antiguo régimen podía, así, seguir vivo en muchas manifestaciones, pero en aquellas en las que su presencia era rechazada, pero —con todo— insustituible, no perduraron las prácticas y se instalaron los formalismos. Fue lo que ocurrió con la función contralora.

Mantenerla en la norma era alimentar el formalismo jurídico: creer que *porque lo dice el derecho, existe*. Muchos de nuestros historiadores también se lo han creído, y por eso se han conformado y no han ido más allá. Lo cierto es que en aquella situación, ese formalismo jurídico cuyos márgenes de discrecionalidad —con seguridad amplios— todavía no se han calculado con seriedad, coexistía con formas personalistas del ejercicio del poder, y la última palabra en relación con el ejercicio de dicha función contralora se remitía, en la norma, al Ejecutivo. Quedaba totalmente desvirtuada la función, y los gobernantes, a su arbitrio como controladores controlados, podían seguir teniendo la última palabra.

²⁵ *Ibidem*, I, p. 83.

XV. GÓMEZ INSTITUCIONALIZADOR: EL ESTADO
Y LA CONTRALORÍA

Hoy se está de acuerdo en que, entrado el siglo XX, el régimen de Juan Vicente Gómez (*la honte de l'Amérique*)²⁶ contribuyó paradójicamente a la institucionalización de la entidad política venezolana y a la creación de las condiciones de existencia del Estado y de “lo público”. De hecho, la hacienda pública y el ejército le deben demasiado. En 1912 se aprobaba un Código de Hacienda; en 1918, la Ley Orgánica de Hacienda Nacional. Correcciones hechas en 1926 y 1928 anteceden a la Ley Orgánica de Hacienda Nacional, de 1934. La Contaduría General de Hacienda perdura principal, aunque no exclusivamente, como organismo de control fiscal durante todos estos años.²⁷ Pero no es sino hasta 1938 —bajo la presidencia de Eleazar López Contreras— cuando se aprueba la nueva Ley Orgánica de Hacienda Nacional, en cuyo título VI se contempla la creación de la Contraloría General de la Nación. La legislación sobre Hacienda prepara, en cierto modo, el advenimiento de esta institución como organismo con funciones de “fiscalización suprema de todos los ingresos y egresos del Tesoro Nacional, así como la centralización, el examen y el control de todas las cuentas y operaciones fiscales y de bienes nacionales...”.²⁸ En 1947 la Contraloría General de la Nación obtiene reconocimiento de rango constitucional en virtud de la reforma del texto fundamental de ese año.²⁹ Habían pasado diez años en que el principal logro público había estado —a casi siglo y medio de la Independencia— en la re-creación o restitución de la diferencia entre controlado y contralor.

No vamos a entrar en la historia de la institución. Alguno ya lo ha hecho, y más pueden hacerlo mejor que yo. Pero quiero expresar, en la línea temática que ha guiado la elaboración de esta reflexión, que entre

²⁶ Según la expresión de José Rafael Pocaterra, *La tyrannie au Vénézuéla: Gómez, La honte de l'Amérique*, París, A. Delpeuch, 1928. El aporte de Gómez a la construcción del Estado necesita revisión profunda y responsable a la luz de los conceptos de “voluntarismo” (personalista e institucionalizador) que acuñé en 1987 (*Hispanoamérica: historia, desarrollo discrónico e historia política*, Caracas, IEP-UCV, 1987).

²⁷ Yépez, G. en Cabrera, 1998, p. 114.

²⁸ En Cabrera Elery, *Historia de la Contraloría General de la República*, Fondo Editorial 60 años de la CGR, 1998, II, p. 20.

²⁹ *Ibidem*, II, p. 43.

1974 —fecha en que se reconoce la autonomía plena de la institución mediante Ley Orgánica— y la actualidad, a pesar de que alguna opinión sostenga que “el prestigio de la Contraloría General de la República ha permanecido incólume ante la opinión pública...”³⁰ por la calidad, la seriedad y la imparcialidad de la gestión, hay que reconocer —además—, que en la segunda mitad del siglo XX la joven institución fue rebasada por los hechos (ingresos fiscales espectaculares, crecimiento de la deuda externa, aumento exponencial de la corrupción, concomitante con el debilitamiento, no sólo de la envergadura moral del país, sino del propio espíritu público —que ya era escaso— ante la fuerza avasallante de la avidez pública y privada de una riqueza obscena que estaba demasiado al alcance de cualquier mano). Complejo el ejercicio de la función contralora en estas circunstancias. En ellas, la versión venezolana del Estado se muestra con notas³¹ que por analogía la acercan estructural y dramáticamente al periodo de enajenación de las funciones públicas, que —como he rogado antes recordar— sufrió la monarquía durante los siglos anteriores a los Reyes Católicos. Así como las “mercedes” del rey habían llevado a enajenar las funciones públicas en manos de los particulares, así el opulento “Estado” venezolano de las últimas décadas del XX fue privatizado —feudalizado—³² por los estamentos (llámeselos sindicatos, colegios, gremios) en aras de los intereses particulares de los partidos y de sus miembros. Igual que el rey encarnaba la vida pública en los siglos a que aludimos, pero privatizaba los oficios vendiéndolos o concediéndolos “por merced” en una etapa del desarrollo político en la que la expansión de su poder tenía que contar con los particulares aunque fuera a costa de la propia cosa pública, así los partidos políticos venezolanos de fines del siglo XX fueron enajenando la función pública por la vía del “don populista”³³ como lo hacía el rey de modo equivalente “por merced real” a cambio de apoyos y lealtades para seguir teniendo los hilos del poder y el poder mismo.

³⁰ Acosta, en *ibidem*, II, p. 129.

³¹ Socorro, Nelson, “Corporatización y feudalización de la administración pública venezolana”, 1996, pp. 263 y ss.; Capriles, Ruth, “La ética pública de la democracia venezolana: el don populista”, 1996, pp. 203 y ss. Ambos trabajos en *Lo público y lo privado*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 1996, 2 vols.

³² Socorro, *op. cit.*

³³ Capriles Ruth, *op. cit.*

XVI. OTRA VEZ ¿LEALTAD O CALIFICACIÓN? ¿PERSONALISMO O INSTITUCIONALIZACIÓN?

En ambos casos, la exigencia de lealtad se ha colocado por encima de la capacidad y la calificación. La monarquía pudo superar la etapa e institucionalizar la función pública para crear el Estado mediante la experiencia acumulada, que en la etapa liberal impulsó con fuerza inusitada el desarrollo de la administración. La crisis y retroceso de “lo público” que supuso la Independencia desde esta perspectiva se hizo patente cuando la opción a la función pública volvió a fundamentarse en la lealtad más que en la capacitación. Se confundía —por inexperiencia y por temor a perder la independencia o necesidad histórica de conservar el logro— la función pública con el “cargo político”, mientras el temor generaba la desconfianza en instancias impersonales. La novedad de las situaciones, su inestabilidad y violencia, la inexperiencia, y la constante necesidad de conservar algún orden para subsistir como nación, impedían —paradójicamente— la toma de conciencia ponderada por los sectores intelectuales o pensantes para saber y entender lo que pasaba. Mucho menos para exigir y controlar la calificación o competencia de aquellos en cuyas manos iban a dar las funciones públicas dentro de aquella nefasta concepción del siglo XIX de la cosa pública como botín, igual que en la Edad Media. Botín, sí, primero de los personalismos en boga; luego, de las facciones o incipientes partidos para acabar como botín de las *créatures* del que estuviera en situación de mantener el logro frente a la inexperiencia, la improvisación, la novedad y movilidad de las situaciones y, lo que es más grave, del desconocimiento teórico del significado de lo que ocurría. El sentido y la dignidad de la función contralora se habían perdido en aquella contingencia.

XVII. HACIA TIEMPOS MÁS RECIENTES

Así, el retroceso de lo público³⁴ que había provocado la Independencia produjo como consecuencia el atraso que en la historia nacional de los últimos años ha supuesto ese atavismo —hasta ahora insuperable— de la fundamentación de la función pública (no del cargo político, entiéndase

³⁴ *Vid supra.*

bien) en la lealtad más que en la capacitación. Algún rescate había, sin embargo, comenzado —y continuado hasta el advenimiento del régimen actual en 1999— dentro y desde la propia Contraloría.³⁵ Pero tenía que sustentarse, además, en una toma de conciencia sana, honesta y profunda de todos los sectores dirigentes del país —públicos y privados— en relación con el cumplimiento de la función contralora con calificación y competencia. En términos más populares y vulgares (pero en el buen sentido del término), el “control de la calidad” del funcionario —lo único capaz de animar y dar presencia al Estado—³⁶ se unió a la concepción —ya denunciada— de la cosa pública como el botín de los partidos que acceden al poder para premiar apoyos y lealtades de quienes vivían —recordando a Weber—³⁷ más *de* la política que *para* la política. En tiempos signados por el inmediatismo materialista y consumista que presidió todos los ámbitos de la vida en los tiempos recientes la democracia representativa terminó naufragando sin remedio. Esa re-potenciación momentánea de la función contralora —sobre cuya necesidad había menos dudas que acuerdo—, no fue pues, sostenida. Resultó lamentablemente breve. Pero mereció tantos parabienes y aplauso sincero en su momento, como lamento, náusea y tristeza provocan hoy la nueva etapa de descomposición y el deliberado desastre institucional. Retomar el buen rumbo será ineludible en el futuro si se quiere que la civilidad y lo público subsistan con dignidad y provecho en los tiempos de complejidad global que se acercan. Esa reorientación no será, no podría ser, la función contralora del antiguo régimen; tampoco la de países desarrollados y estables. Tendrá que ser aquella que hoy piense, quiera y pruebe como conveniente la *pars* sana y pensante del país. Porque de cualquier manera, tendrá que acompañar a la racionalidad funcional (las cosas no andan bien si los que las manejan no las conocen y no saben hacerlo) y la correspondiente legitimidad que necesariamente se imponga en tiempos de interdependencias complejas y de proyección global.

³⁵ De hecho, era el espíritu que reinaba cuando el contralor entonces, doctor Eduardo Roche Lander, me invitó a participar en las Jornadas que dieron a la luz una versión arcaica de este trabajo en 1997.

³⁶ Njaim, Humberto, “¿Evolución o desaparición del Estado social de derecho?”, *Lo público y lo privado*, 1996, pp. 141 y ss.

³⁷ *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.

XVIII. EN TIEMPOS MUY RECIENTES³⁸

Del tímido desarrollo-rescate de la función en los últimos años del siglo XX, “el propósito”³⁹ revolucionario se ha montado, proyectado y materializado sobre una estrategia de abatimiento institucional de la que no se ha librado —aunque tenga reconocimiento formal en la Constitución— la Contraloría General de la República. A su vez, el personalismo exacerbado del “líder del proceso” (como se oye llamar a Chávez) cabalga sobre una ética revolucionaria provocadora de una distorsión de la necesidad de control en la vida pública conducente a la disolución o desintegración trágica, tanto de la función como de la institución.

Formalmente, la Contraloría forma parte, junto con la Procuraduría General de la República, la Fiscalía y la Defensoría del Pueblo, del “poder moral”.⁴⁰ Pero cuando el presidente fue electo en aquellos comicios de 1998, se abrieron las puertas de un siniestro “juego de la oca”, que ha conducido a una regresión institucional sin precedentes. La función contralora resultó afectada y sorprendida por el frenazo y marcha atrás que supuso desconocer la letra de la norma y volver a confundir en nefasta *praxis* revolucionaria al contralor y al controlado en beneficio político del primero.⁴¹ En este punto del discurso es pertinente recordar y aclarar varias cosas. En primer lugar, tener claras las cuatro acepciones o significados de “lo público” que fueron expuestas al principio: lo relativo a: *i.* “la transparencia”; *ii.* a “la notoriedad”; *iii.* “la dimensión política de la vida vinculada al Estado”,⁴² y *iv.* “a lo pertinente a todos” los sujetos de una sociedad nacional dada.⁴³ La descomposición de la función con-

³⁸ Remito a algunas fuentes útiles en relación con el tema reveladoras de casos interesantes en la web: www.proacceso.org.ve; www.transparencia.org; www.anticorrupcion.et.ve.

³⁹ Suscribo la idea propuesta por Germán Carrera Damas, para quien esta “revolución” no persigue la realización de un proyecto, sino de un “propósito” personalista escondido tras un cometido revolucionario. Expresado en el Programa de William Echeverría (Globovisión), *En la mañana*, el 2 de septiembre de 2008.

⁴⁰ Uno de los cinco poderes que reconoce la Constitución. Véanse artículos 136 y 273 a 279; 287 a 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴¹ Es el caso, entre otros, del actual ministro de Energía y Minas, simultáneamente presidente de PDVSA. O de la ministra de Comunicación e Información, a la vez presidenta de la CANTV. Se confunden en la misma persona los rangos de los cargos, distorsionando la respectiva *accountability*. (En la prensa diaria).

⁴² Donde precisamente se ha albergado naturalmente la Contraloría.

⁴³ Véase p. 1.

tralora que ha tenido lugar y tiene curso en los tiempos que corren se caracteriza por una humillante situación de subordinación al designio y voluntad del presidente, que la esteriliza y desvirtúa de su razón de ser originaria. En esta situación, el ciudadano ha perdido su confianza y respeto hacia una institución instrumentalizada por el Ejecutivo. Pero curiosamente, el curso de las cosas muestra que en la vida pública se produce lo mismo que en la naturaleza cuando los ríos desvían su curso por donde pueden cuando encuentran obstáculos. Como en toda comunidad políticamente ordenada, existe una necesidad de control,⁴⁴ que implica a su vez el ejercicio de una función contralora,⁴⁵ cuando el órgano o institución llamado a ello ha perdido el sentido de su existencia, aquélla se escapa hacia las otras significaciones y cauces de lo público. En la situación actual, no habiendo desaparecido la necesidad de control para conservar el orden en la sociedad, la función contralora se ha escapado del nicho institucional y público que la albergaba, para ir a refugiarse “en la calle” y en los medios de comunicación (prensa, radio, televisión), para refugiarse allí en los dos sentidos de “lo público” que reconocíamos al principio: “la transparencia” y “la notoriedad”.⁴⁶

En consecuencia, la función contralora está hoy con la gente en la calle y en los *media*, instrumentos de la opinión pública que precisamente por no estar ocultos ofrecen a los muchos que disienten, campo de solidaridad y —por ser tantos— mayor seguridad. Eso no impide que desde la Contraloría, órgano formalmente reconocido para el cumplimiento de la función contralora, el “Estado”⁴⁷ pretenda controlar esos espacios “públicos” que todavía (no se sabe hasta cuándo) se pueda sentir a salvo de la influencia (y aquí la paradoja) del arbitrario Poder Ejecutivo que vio con beneplácito las inhabilitaciones decididas por la Contraloría en 2003 y 2007, luego convalidadas por el Tribunal Supremo de Justicia en julio-agosto de 2008⁴⁸ contra un número notable de ciudadanos con opción de poder y —¿por qué no?— de triunfo a cargos estatales y municipales a los que por esta razón se les impide ser electos el próximo noviembre, violando sus

⁴⁴ Político, administrativo y económico fiscal.

⁴⁵ A lo que se ha dedicado gran parte de esta exposición.

⁴⁶ *Ibidem, supra*, pp. 1 y 2.

⁴⁷ De hecho, el gobernante.

⁴⁸ Agradezco las notas que siguen en nota 46 en relación con la visión actual de la Contraloría, mi colega, doctor Enrique Sánchez Falcón, profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central...

derechos civiles y políticos. Máximo y emblemático caso de agresión a la libertad y derechos de los individuos desde la viciada función contralora,⁴⁹ ahora despojada vilmente de todas sus virtudes.

⁴⁹ El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (GORBV núm. 37.347 del 17/12/2001), es la disposición legal que sirve de fundamento a las decisiones de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, dictadas por el contralor general de la República.

- En lo esencial el cuestionamiento de dichas inhabilitaciones debe hacerse en dos sentidos. Por un lado, debe destacarse que el citado artículo 105 es inconstitucional, por:
 - Permitir la aplicación de la sanción “sin ningún procedimiento”, lo que de suyo es violatorio del debido proceso y el derecho a la defensa —garantías previstas en el artículo 49.1 constitucional—, al permitirle al contralor, apreciar la entidad del ilícito cometido, discrecionalmente y sin ningún tipo de control por parte del afectado.
 - Establecer una sanción accesoria de mayor gravedad que la sanción principal, lo cual es contrario al principio de la proporcionalidad entre sanciones y faltas, derivado natural del principio de la legalidad sancionatoria, previsto en el artículo 49.6 constitucional.
- Pero, por otra parte, debe también cuestionarse la aplicabilidad que el contralor hace del citado artículo 105, al extenderla a los funcionarios electos o a las personas que aspiren u opten por un cargo de elección popular, pues esto
 - Es violatorio de la previsión del artículo 42 de la Constitución, en el cual el constituyente estatuyó, sin lugar a dudas, que “el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos *sólo* puede ser suspendido por *sentencia judicial firme*”, previsión ésta reforzada por el artículo 65 *ejusdem*, el cual, también sin lugar a dudas prescribe que “no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados 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”.
 - Es violatorio de lo dispuesto en el mismo artículo 105. Desde luego que de la estructura de esta norma legal es claro que ella tiene como únicos destinatarios a los funcionarios designados.
 - Aplicarla a los funcionarios electos representa una sustitución de la función jurisdiccional, lo cual configura, a no dudar, una usurpación de funciones.
 - Dado que su aplicación tiene por objetivo impedir la participación política de sectores adversos al oficialismo, configura también una evidente desviación de poder.
- Aunque es cierto que la potestad del contralor general de la República para dictar inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública es una vieja previsión de la legislación de la materia, debe entenderse que desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, con normas tan claras como las que citamos anteriormente, dicha potestad no le es aplicable a funcionarios electos o a quienes aspiren u opten por un cargo de elección popular.

La situación venezolana viene a ser hoy, por eso, paradójica: alojada en esas dos acepciones de “lo público”, que son “lo transparente” y “lo notorio”, la función contralora ha logrado escaparse como expresión de la vida pública en libertad y democracia, para sobrevivir por otros medios en la *public opinion*, cuyos antecedentes, en el siglo XVIII, permitieron por primera vez en la historia occidental las expresiones o manifestaciones sociales de lo público.⁵⁰ Eso no garantiza ni la supervivencia de la función ni el respeto al Estado de derecho, a la libertad y al debido proceso, pero lo expuesto refleja las dificultades que padece la función para sobrevivir, tanto más amenazada por el peligro de que los recursos y posibilidades electrónicas e informáticas que han hecho posible en gran medida la solidaridad ciudadana de la resistencia al régimen se vuelvan amenazantes contra la sociedad⁵¹ en una situación totalitaria opulenta y subordinada del todo a la voluntad del mandamás.

⁵⁰ Véase mi trabajo *cit.* en nota 2.

⁵¹ Véase www.eluniversal.com del 27 de agosto de 2008; www.noticias24.com del 14 de septiembre de 2008 en relación con las amenazas del régimen sobre los medios electrónicos y el control de Internet.