

COMENTARIOS AL SEMINARIO SOBRE LA LEY ORGANICA
DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.
VALIDACION Y ULTERIORES DESARROLLOS DE
"COSTOS Y BENEFICIOS POLITICOS DE LA LOSPP" *

HUMBERTO NJAIM

1. INTRODUCCION

Estábamos ansiosos de intervenir en el Seminario no sólo como ponentes** sino también como oyentes atentos del resto de las intervenciones. Nos preguntábamos: ¿hasta qué punto el esquema empleado en nuestro trabajo era válido o resultaba demasiado extravagante en comparación con los aportes de la comunidad jurídica? Por otra parte inevitablemente habíamos tenido que entrar en asuntos de derecho: ¿hasta qué punto nuestro alejamiento del mismo nos había llevado a observaciones desacertadas?

Además no nos sentíamos satisfechos en cuanto a la pretensión enunciada en la "Objeción Preliminar" de la ponencia sobre la utilidad de sus reflexiones en cuanto a posibles reformas futuras de la LOSPP. En tal sentido valía la pena ver qué confirmaciones y posibles desarrollos surgían del paso de la elaboración solitaria de la ponencia a la confrontación intersubjetiva que brindaba el seminario.

El resultado de este seguimiento lo presentamos aquí concentrando nuestro comentario en torno a tres puntos: la posición de la Contraloría; el afinamiento del sistema de probabilidades condicionales desarrollado

* Organizado por el Instituto de Derecho Público - UCV y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración (AVDACA). Caracas, 19-21 de enero de 1983.

** Nuestra ponencia: "Costos y Beneficios Políticos de la LOSPP", fue presentada el día 19-1-83.

en la ponencia; y lo que es más importante de todo, algunas conclusiones que se podrían derivar para ayudar la mejor toma de decisiones en el país.

2. LA POSICION DE LA CONTRALORIA

2.1. *Posición general*

Desde un punto de vista de sociología administrativa resultó fascinante ver cómo la gente vinculada a la Contraloría tendía a minimizar la novedad de la LOSPP respecto de sus funciones y la alarma que ello podría crear. Todo lo relativo a la responsabilidad administrativa ya estaría en sus líneas fundamentales en la Ley Orgánica de Contraloría (Sánchez Falcón, Poleo de Ortega y también el congresante Tovar). Incluso, para Rincón Monasterios, la preocupación que al principio le habría causado la ley se habría disipado al oír las expresiones tan alarmistas de otras conferencias, de manera que ahora estaría "preocupada de no estar preocupada".

Contrastaba esta opinión con la formulación vigorosa de Muci, según la cual la LOSPP convierte al funcionario de Contraloría en un policía y, expresaba su preocupación, derivada de su experiencia en el ejercicio del cargo, de que los funcionarios de averiguaciones se resistían a ser policías. Por otra parte Brewer enfatizaba el aporte de la ley al establecer sanciones y convertir, por tanto, la responsabilidad administrativa en una verdadera responsabilidad.

2.2. *Relaciones con el Ejecutivo*

En este punto nos dimos cuenta que nos habíamos quedado cortos en el rastreo de posibles fuentes de conflicto. No se trata tan sólo de un posible choque aparatoso de instituciones, sino de una incidencia cotidiana y hasta interferidora en el desempeño de las tareas de la administración activa. Ello fue señalado por Rachadell al hablar de lo problemático de establecer los precios del mercado (Art. 41, LOSPP), e indicar que lo que debe exigírsele a la Administración es que haya seguido un procedimiento objetivo para la determinación de dichos precios. Igualmente apuntó hacia la problemática de los gastos protocolares: Si un organismo tiene asignadas partidas para gastos protocolares, ¿va a entrar la Contraloría a decidir si tales gastos fueron excesivos o no? Y, en general, usó el Art. 41 como ejemplificación de un

aserto general que guió su conferencia según el cual así como hay que exigir objetividad y certeza a la Administración frente a los ciudadanos, debe asegurarse lo mismo respecto de las interpretaciones frente a la conducta de la Administración. Contra esta argumentación reaccionó Brewer: los términos del Art. 41 no serían términos que permitieran decidir entre varias alternativas, discrecionalmente, sino "conceptos jurídicos indeterminados" que tienen, sin embargo, un preciso significado técnico: un precio es conforme con el mercado o no lo es; un precio es justo o no lo es, etc. En concreto, la Contraloría tendría abundante experiencia en materia de precios (en el mismo sentido Sánchez Falcón). Por lo demás el Art. 43 señalaba que al tomar sus decisiones la Contraloría ha de tomar en cuenta "la naturaleza del organismo". No sería lo mismo un ente cuyo directivo agota el poco presupuesto que tenga en timbrar papel a su nombre, que otro en que los gastos de papelería y escritorio forman parte de sus actividades y tenga previsto un presupuesto para ello. Nosotros, por nuestra parte, confesamos que para poder emitir un juicio sobre esta discusión tendríamos que tener un conocimiento, que no disponemos, de la que parece ser abundante doctrina de la Contraloría, al respecto nos resulta interesante comprobar, sin embargo, que el punto suscita discusión y que eran válidas las interrogantes, que al respecto, planteábamos en nuestro trabajo.

Pero no dejó de plantearse también la cuestión de lo que hemos llamado "choque aparatoso de instituciones". Frente a Pérez Luciani que presentaba el poder de la Contraloría como el de una autoridad a la que se habían transferido facultades disciplinarias propias de los superiores jerárquicos en la administración activa y a la Contraloría como un ente virtualmente sin control, enfatizó Orlando Tovar el control político del Congreso. Pero obsérvese como esto confirma nuestra sospecha sobre una mayor recurrencia en el futuro de crisis como la del 76. Por otra parte, fue interesantísimo tomar conciencia de la incongruencia destacada por Rachadell entre la proclamación de la descentralización como ideal y la realidad de la sucesión de leyes que una tras otra vendrían a reforzar el tan criticado centralismo. En esta tendencia entraría la LOSPP al derogar virtualmente el artículo 57 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, atribuyendo competencia exclusiva, en materia de responsabilidad administrativa, a la Contraloría General de la República. Contra tal interpretación reaccionaron Brewer, Sánchez Falcón y Tovar. Las competencias de las Contralorías Municipales y Estadales continuarían intangibles y no habría tal conflicto. No nos quedó claro, sin embargo, cómo se salva, en concreto, tal escollo.

2.3. *La Contraloría y los funcionarios*

El punto que planteábamos en la ponencia sobre tensiones entre la Contraloría y los ciudadanos podría verse más en concreto refiriéndolo a los funcionarios que son los ciudadanos que entran más directamente en contacto con la Contraloría. En este aspecto resultó también fascinante la discusión sobre el Art. 15 que establece que la Contraloría

recibida la declaración jurada de patrimonio, procederá a verificar la sinceridad de la misma . . .

¿Debe hacer esto la Contraloría respecto de todas las declaraciones? En caso afirmativo se rebasaría la capacidad de la Contraloría (Lares-Martínez). Según lo que le entendimos a Sánchez Falcón esto sólo debe hacerse en caso de que existan indicios de insinceridad. Pero Rincón Monasterios, de la misma Contraloría, contrapuso que si no se verificaba la sinceridad de todas las declaraciones se caería en el vicio tan criticado por la opinión pública de la gran cantidad de papeles que acumula la Administración sin hacer nada con ellos. Aquí un especialista en Sociología de la Organización se habría estremecido de gozo al comprobar la operación implacable de la lógica burocrática, según la cual hay que hacer algo con los papeles, así como también un defensor de los derechos individuales habría temblado por la avalancha de investigaciones que ello supondría.

Sin embargo, Lares-Martínez argumentó que la única forma de cumplir esta disposición sin caer en un atolladero que la convirtiera en letra muerta, sería que el Contralor usando sus atribuciones (Art. 7º, numeral 5), dictara una valiente resolución estableciendo la obligación de declaración jurada de patrimonio sólo para los altos funcionarios.

Tal resolución sería sensata pero en verdad también valiente, pues dado todo el clima en torno a la ley se podría prestar a malinterpretaciones por parte de la opinión pública.

3. EL SISTEMA DE PROBABILIDADES CONDICIONALES

Resulta conveniente tomar en cuenta otros elementos señalados en el Seminario y que contribuyen a precisar, un poco más, el sistema de probabilidades presentado en el trabajo principal.

Prob. [denunciado]: El diagnóstico de la ley por Tosca Hernández, como un instrumento de autoexpiación social, nos lleva a tener en cuenta que la probabilidad de ser denunciado no sólo depende de las

nuevas posibilidades legales que se abren con el ordenamiento promulgado, sino también de un ambiente social favorable a la búsqueda de un chivo expiatorio. A este respecto cabría distinguir las siguientes etapas hipotéticas en la aplicación de una ley de este tipo:

—Una primera etapa en que los denunciados aumentan anormalmente por el desconocimiento de la ley, el descuido venezolano y la necesidad de buscar víctimas propiciatorias.

—Una segunda etapa en que:

—La ley ya es conocida y se ha aprendido la lección.

—Ha pasado la fiebre de encontrar víctimas propiciatorias.

Quizás cuando se alega que una ley como ésta no se va a aplicar (Urbaneja) no se es tan ingenuo como para pensar que no se va a aplicar de inmediato, puesto que resulta difícil en nuestro sistema de derecho concebir situaciones en que ya, de entrada, una ley no se aplique.¹ A lo que, más bien, se está aludiendo es a esta segunda etapa crítica de la cual puede venir una tercera etapa en que funcionan mecanismos de adaptación que terminan por neutralizar sus efectos. Piénsese, en el caso de esta LOSPP, que la lección puede haberse aprendido demasiado bien: pueden haberse perfeccionado los mecanismos de evitación y ocultamiento y las fuerzas clientelares haber encontrado nuevas formas de reacomodo. En tal caso puede presentarse un cinismo generalizado o un recomenzar el ciclo en la búsqueda de nuevos ritos de expiación, por ejemplo, a través de una ley más “perfecta” aún.

Que una ley se vaya a aplicar querría decir entonces que va a cruzar exitosamente la segunda crítica etapa de su historia, integrándose a un grado más elevado de desarrollo institucional de la sociedad en que sus mecanismos normativos funcionan, porque se han incorporado a la conciencia general, posiblemente complementados con otros tipos de medidas como las políticas compensatorias de sus efectos más disfuncionales. Frente a esta interpretación más compleja del aserto de que “la ley no se va aplicar”, no podríamos pronunciarnos tan definitivamente como lo hicimos en la ponencia. Acontecimientos recientes a los que aludiremos más adelante nos dan que pensar al respecto.

1. Aunque fue muy significativo que Arteaga después de su estupenda elaboración dogmático-penal terminara afirmando que todo dependía de quienes fueran nombrados jueces. Si tales nombramientos fueran signados por la componenda política habría que cantarle el *requiescat in pace* a la ley.

Otra cuestión que nos llamó la atención en cuanto a la Prob. [denunciado] fue la observación de Leñez sobre el Art. 61, que pena a los funcionarios públicos que:

excediéndose en las disponibilidades presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúen gastos o contraigan deudas o compromisos de cualquier índole o naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra alguna de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 40...

El Procurador General lamentó la severidad de esta disposición, dado el conocido hecho que las compilaciones legislativas de cada Ministerio comprenden varios volúmenes y por lo tanto era muy difícil que alguien estuviera al tanto de toda la posible gama de circunstancias que podían dar lugar a reclamaciones.

Prob. [enjuiciado|denunciado]: En su análisis sobre responsabilidad civil, Gabriel Ruán planteó la cuestión acerca de los tribunales competentes en materia del ilícito civil independiente del penal. Si la interpretación que predomina es que aún el ilícito civil independiente es competencia de los tribunales de salvaguarda, es evidente que ello incide en aumentar la Prob. [enjuiciado|denunciado] en virtud de los mecanismos más expeditos de dicha jurisdicción.

También es de destacar aquí la complacencia del Fiscal Mantellini porque, la LOSPP allana la dificultad que antes tenía la Fiscalía, la cual para ejercer funciones de instrucción tenía que dirigirse a los tribunales. Pensamos que se refería a los numerales 2 y 3 del Art. 31.

Prob. [sentenciado|enjuiciado]: En el trabajo principal no tratábamos de esta probabilidad intermedia anterior a la Prob. [condenado|enjuiciado]. Conviene, sin embargo, distinguirla para encuadrar allí una serie de facilidades procesales que establece la ley y que no necesariamente conducen a una condenatoria pero sí a una sentencia. Tales son el juicio oral, que ya no es simplemente optativo, con alargación del período de pruebas a 30 audiencias; el juicio en ausencia permitido por el ordinal 5º del Art. 60 de la Constitución cuando se tratare de delitos contra la cosa pública y, amén de otros elementos ya mencionados, la tendencia general a contar los lapsos por días continuos y no por días hábiles.

Prob. [condenado y penado|sentenciado]: Podríamos extremar las distinciones hablando de Prob. [condenado|sentenciado] y sucesivamen-

te de la *Prob.* [*penado*|*condenado*], pero ya sabemos que por las características de la ley:

Prob. [*condenado*] = *Prob.* [*penado*] = 1

En esta probabilidad hay que agregar a lo mencionado en el texto principal que:

- * A diferencia de lo que ocurría anteriormente el auto de declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea siempre sanción. Es curioso, sin embargo, que esto puede ser interpretado como un mejoramiento para el condenado. En efecto, Brewer consideró que en la situación anterior el declarado responsable quedaba marcado con un estigma imborrable. En cambio, ahora pagada la pena tal estigma quedaría borrado. Empleando nuestra sistemática se podría hablar de una *Prob.* [*absuelto*|*penado*] lo cual parece absurdo.
- * En el enriquecimiento ilícito la devolución de los bienes mal apropiados, no basta para eludir la pena de privación de libertad (Art. 66).
- * Está planteada una discusión de si la ley introduce en el campo penal una responsabilidad de tipo objetivo. Los penalistas como Arteaga rechazan enérgicamente tal posibilidad. Concretamente, en cuanto al Art. 59 que se refiere a la figura de dar ocasión “por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones a que otra persona se apropie o distraiga bienes...”, señalaba que era necesario un elemento culposo y no la mera negligencia. Nosotros, dada la tendencia general de la ley dudamos que ello sea tan claro. En todo caso lo que nos interesa es apuntar que, si se impusiera una interpretación contraria a la de Arteaga, aumenta la *Prob.* aquí discutida.
- * Finalmente, hay que señalar en este acápite, ciertos aspectos parciales como la eliminación en el “peculadito” o peculado de uso (Art. 71, numeral 5), y en la concusión (Art. 62), de la atenuante por perjuicio no grave (también Arteaga).

¡Prob. [*penado*|*absuelto*]!: Resulta insólito hablar de la probabilidad de ser penado a pesar de haber sido absuelto, pero no a otra cosa se expone el infeliz que hubiere incurrido en responsabilidad administrativa y que también sea pasible de responsabilidad penal y luego fuere absuelto. Por la responsabilidad administrativa se le habrá aplicado una

fortísima multa, por la responsabilidad disciplinaria habrá sido, eventualmente, destituido, pero al ser absuelto en la instancia judicial se encontrará que, en virtud de los privilegios del fisco, establecidos en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, no le puede cobrar a la Administración costas, ni intereses por sus prestaciones sociales. Por otra parte, las sentencias de restitución al cargo del Tribunal de Carrera Administrativa sólo se cumplen en un 50 por ciento. Estas observaciones proporcionadas por Rachadell así como su análisis sobre la inexistencia de la carrera administrativa en Venezuela, nos hacen ver cómo el problema de la falta de incentivos y el de los falsos positivos es más grave de lo que imaginábamos.

Y aquí se nos ilumina también que la cuestión del clientelismo es mucho más profunda de lo que acertáramos a expresar en la ponencia. La ley socava el clientelismo, es cierto, pero en sus zonas más oscuras, y no se le ha dado el golpe de gracia mientras no exista una carrera administrativa con derecho al ascenso (nuevamente Rachadell). Esto nos llama la atención sobre la unanimidad con que se aprobó la ley, destacada y ensalzada por Tarre Briceño y Antoni Paván, ¿será acaso tan fácil aprobar una verdadera ley de carrera administrativa?

Y esto nos lleva a plantearnos también quién es el verdadero destinatario de esta ley. ¿Serán, por ventura, los políticos que ocupan las altas posiciones del Estado o los centenares de pequeños funcionarios que practican la "mordida"? Formalmente pareciera no haber distinción. Unos y otros caerían bajo sus disposiciones. Incluso podrían rastrearse en los nuevos tipos penales definidos, la historia de casos célebres (Arteaga), en que notables "peces gordos" han quedado impunes y se quisiera evitar ello para el futuro. Pero aquí nuevamente la realidad social se encarga de sorprendernos. Se habla de dirigentes políticos honestos *a priori* (*El Nacional*, 27 de enero de 1983). Sin embargo, tal tesis es difícilmente sostenible a partir de la LOSPP. Por lo general, la mayoría de ellos son parlamentarios y caen en el supuesto de funcionarios públicos (ya lo destacó el diputado Tarre en su intervención) según el numeral 1 de su Art. 2º. Y, precisamente, todo el espíritu de la LOSPP es que no hay funcionarios públicos honestos *a priori*. Sostener lo contrario es caer en una evidente inconsecuencia que revela cuán arraigados son los mecanismos sociales que mediante la ley se han pretendido desmontar.

4. AYUDA AL DECISOR

Lo más importante de reflexionar sobre el tipo de cuestiones que suscita la LOSPP, no es obtener satisfacción intelectual por haber pro-

ducido un conjunto de categorizaciones más o menos afortunado, sino tratar de ver cómo se puede contribuir a la urgente mejora del proceso de toma de decisiones en el país.

En este sentido el analista de políticas públicas no puede considerar cerrada la discusión sobre la conveniencia de una ley una vez que ésta ha sido dictada como quizá tiene que proceder el jurista (Sánchez Falcón; Lares-Martínez). Al contrario, debe en todo momento mantenerla no por complacencia de sentirse un espíritu hipercrítico, sino porque sabe que sin una reflexión sostenida sobre conveniencias e inconveniencias deja al decisor casi inerte en el futuro para nuevas decisiones o para corregir las ya tomadas.

Además, las observaciones que se hagan no sólo deben tomar en cuenta la decisión como producto final, sino también todo el proceso que ha conducido a la misma. Distingamos, pues, esos dos aspectos en las sugerencias que aquí hacemos.

4.1. *El proceso de formación de la decisión*

Consideramos que fue exclusivamente jurídico. No diremos que excesivamente jurídico, porque probablemente toda precaución al respecto nunca estará de más.

En efecto, cada vez que se dicta una ley como la discutida, puede decirse que la interrogante general es cómo ha de interpretársela. Nos atrevemos a pensar que el 90 por ciento de los concurrentes al Seminario eran abogados y que la mayor expectativa de los mismos era cómo habría de interpretarse la ley. Quizá seamos tan propensos a dictar leyes porque tenemos la esperanza de que, a través de la interpretación siempre podremos atenuar sus aspectos más desastrosos.² Somos realmente muy hábiles en detectar gazapos y lagunas jurídicas. Ultimamente con el impulso que le han dado al Derecho Administrativo sus especialistas, puede decirse que también se ha desarrollado un sentido para los gazapos y lagunas administrativas. De ello fue un brillante ejemplo la conferencia de Rachadell. Sin embargo, podríamos completar tales habilidades con la de detectar problemas económicos y sociológicos y

2. Es dudoso, sin embargo, que tal esperanza sea compatible con el espíritu de la LOSPP. La impresión que teníamos de que la ley fue concebida tratando de eliminar cualquier escondrijo que permitiera su aplicación atenuada, se nos confirmó cuando vimos que Ramos Allup, al parecer, sostuvo que los legisladores habían concebido la ley en forma tal que no hubiera que interpretarla. Esta pretensión, que evoca la prohibición de Justiniano de interpretar el *Corpus Iuris*, fue criticada por Elechiguerra a cuya intervención nos atenemos para la cita de Ramos, puesto que tuvimos que abandonar el salón cuando le tocaba a dicho expositor.

desarrollar procedimientos sistemáticos para tener en cuenta en nuestros proyectos de leyes un mayor número de variables que lo que usualmente hacemos.

Con ello no nos referimos, por ejemplo, a que en una ley, de contenido económico, como, por ejemplo, la de mercado de capitales, no se haya tomado en cuenta aspectos económicos. O que en otra ley, como por ejemplo, la de reforma del Código Civil no hayan desempeñado un importante papel consideraciones sociológicas. A lo que apuntamos es que en *toda* ley aun las que pudiéramos considerar más propiamente "jurídicas" como, por ejemplo, esta Ley de Salvaguarda tienen que desempeñar un papel fundamental los puntos de vista económicos y sociológicos.

Para no quedarnos en vagas generalidades al respecto señalaremos como ejemplo de estudios de tipo económico el que ya hemos aludido en el texto principal sobre establecer un balance entre:

	(1)	
Cantidades recuperadas por aplicación de la ley.		Costos de reorganización de la Contraloría.
		+
		Costos de instalación de las instancias de Salvaguarda.
		+
		Costos variables de manejo de los casos que se presentaren.

Pero además se podrían establecer otras comparaciones:

	(2)	
Pérdidas por grandes escándalos financieros en empresas del Estado e institutos autónomos.		Pérdidas por "mordidas" (pequeños sobornos y extorsiones).
	(3)	
Pérdidas en las empresas públicas originadas por restricción a la flexibilidad necesaria para la toma de decisiones en materia económica.		Costos evitados por medidas estrictas de la ley en las empresas públicas.

Lo referente al lado izquierdo del primer balance no debería ser tan difícil de determinar. Existe toda una experticia fiscal que le permite al Estado calcular como ingresos en la Ley de Presupuesto, por ejemplo, lo que puede obtener por multas a infracciones de diferentes tributos. Algo análogo se podría aplicar aquí, amén de que se podría aprovechar la experiencia acumulada por la Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito respecto de la época de Pérez Jiménez.

Ahora bien, sorprende como pareciera no existir mucha claridad en cuanto al lado derecho del primer balance. A una pregunta sobre si la Contraloría estaría en condiciones presupuestarias de afrontar las nuevas responsabilidades que le asignaba la ley, respondió Sánchez Falcón que la Contraloría tenía planteado el mismo reto que todos los demás entes de la Administración Pública, de funcionar con el presupuesto disponible y hacer lo que le correspondía con su actual estructura. Sin embargo, Muci afirmó que la Contraloría tendría que tener un enorme crecimiento burocrático. Esto nos recuerda el caso de la Ley Orgánica de Educación en que, muy loablemente, se elevó a 9 años la escolaridad obligatoria, sin que por ninguna parte, hayamos visto un análisis de costos de la medida. Y si lo hubo, al menos nunca estuvo en el primer plano. Las buenas intenciones deberían estar acompañadas de tal tipo de análisis y si, resultando adversos, decidimos, por razones axiológicas, seguir adelante al menos, estaremos claros sobre qué tipo de sacrificios y esfuerzos nos costará tal determinación.

La impresión en cuanto a la segunda comparación es que el lado izquierdo supera con creces al derecho. Es dudoso que, sin los grandes escándalos, intensificados del 74 en adelante, la corrupción habría adquirido la visibilidad suficiente para suscitar la demanda de su represión. Una idea de la opinión generalizada sobre la magnitud y lo usual de las pérdidas en Institutos Autónomos y Empresas del Estado lo pueden dar unas declaraciones de José Vargas. Decía el presidente de la CTV, a finales de 1982, rechazando las proposiciones del Ejecutivo para la contratación colectiva con los obreros del Estado, que 635 millones de bolívares eran 2 estafas en Corpomercadeo (*El Nacional*, 30-11-82). Con ello le negaba mérito a tales proposiciones, puesto que solamente ahorrando esas 2 estafas recabaría el Ejecutivo los fondos que ofrecía. Sin embargo, lo aconsejable, en términos de formación racional de políticas públicas, no es proceder únicamente en base a ideas generales e impresiones de la opinión pública sino de datos duros. Dado lo notorio y frecuente de los escándalos no debería ser difícil recabarlos.

En cuanto al lado derecho, nos referiremos a él más adelante en otro contexto.

La tercera comparación parece la más inasible. En cuanto al lado izquierdo requiere, sin embargo, analizar las cifras del lado derecho de la segunda comparación para discriminar dentro de ellas lo que hubiera podido ser evitado, en las empresas del Estado, de haber existido un instrumento legal como la LOSPP. La idea misma de tal análisis parece, sin embargo, contradictoria con el espíritu inspirador de la LOSPP. La idea subyacente a tal espíritu es que con una ley se pueden evitar todos los costos que históricamente ha causado la corrupción. La premisa es que estén en juego recursos públicos, independientemente de las formas en que estuvieren enmarcados, consiguientemente formas públicas de control, como una ley, son las adecuadas. Pero desde un punto de vista económico y administrativo, las medidas de control sólo son una parte de las complejas realidades que tiene que enfrentar la empresa. Convendría, pues, tener en cuenta en el análisis de toda esta materia, los aportes de la literatura económica y precisar el posible efecto limitado del control penal y burocrático.

Y esto nos lleva al segundo aspecto de la comparación. Un punto de partida para comenzar a abordarlo, es el considerar que en los entes públicos propiamente tales en materia de gastos, rige el atenerse a las disposiciones presupuestarias en forma estricta. Fue significativo a este respecto el relieve que le dio el diputado Tarre en su intervención al tema de la malversación. Se refirió al caso del administrador que habiendo agotado el dinero para hospitales emplea para ello el dinero destinado a escuelas (Art. 35). Esto está incluso penalizado en el Art. 60.

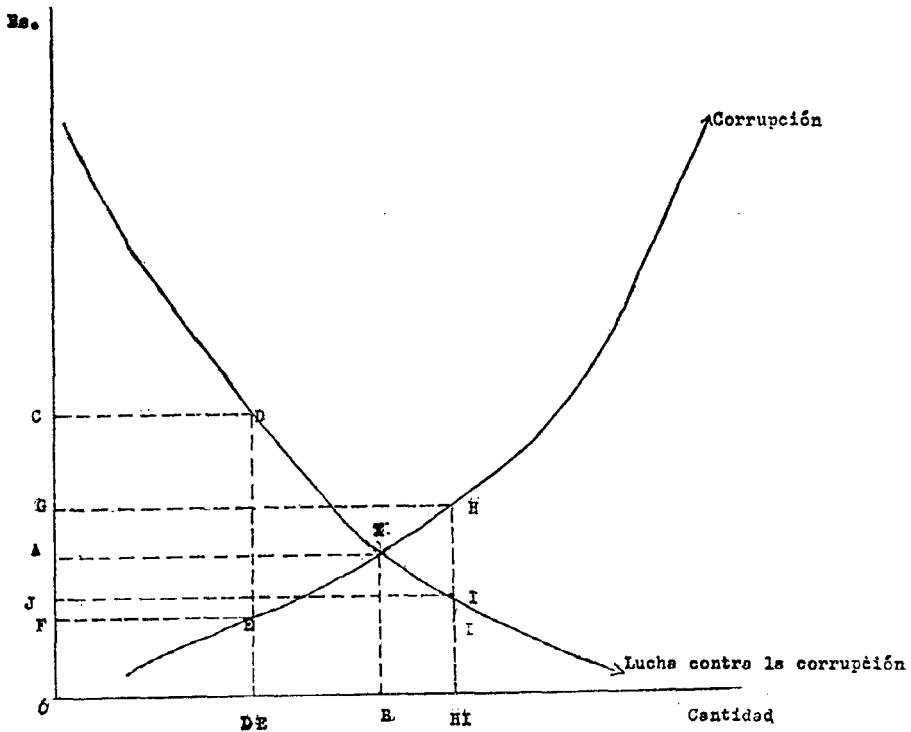
Nuevamente sentimos a través del énfasis puesto en el ejemplo, el impacto de la realidad histórico-administrativa reciente. Ahora bien, una empresa puede tener un presupuesto pero éste no es su última *ratio*, sino las indicaciones y signos que trasmite el mercado. En un momento dado un traslado rápido de partidas de inversión puede representar la diferencia entre el éxito o fracaso de la empresa. En este sentido sería interesante investigar la medida en que las reposiciones de capital en las empresas públicas antes de la LOSPP no se han debido sólo a cruda corrupción, sino también a falta de sentido económico. Ello proporcionaría importantes claves para el lado derecho de la tercera comparación.

En definitiva el economista nos dirá, para escándalos de juristas y moralistas, que puede existir un nivel mínimo, óptimo de corrupción,

es decir, que la corrupción puede ser combatida hasta un cierto nivel pero que no puede ser reducida a cero. Por ello pretender eliminarla por completo puede salir demasiado "caro".

A propósito de tal cuestión obsérvese el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1
NIVEL OPTIMO Y NIVELES NO OPTIMOS EN LA LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN



En el eje de las abscisas se mide cantidad, tanto de corrupción como de medidas anticorrupción. En el de las ordenadas, montos en dinero. La curva que va subiendo representa el nivel de corrupción. A medida que ésta aumenta, aumentan los costos que produce a la sociedad. La curva que va bajando representa la lucha contra la corrupción. Esta lucha va produciendo grandes beneficios al comienzo. Pero, a medida que se intensifican las medidas su rendimiento va decreciendo. Para un nivel DE hay un exceso de beneficios (segmento CF) en combatir la corrupción por sobre los costos de la corrupción (segmento FO). El punto HI significa unos costos de corrupción (segmento GO) que

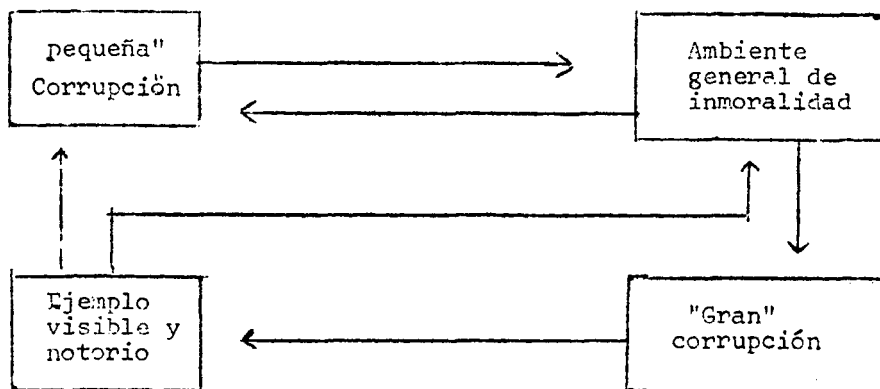
superan los beneficios de la lucha contra la corrupción (segmento JO) en el monto GJ). B es el punto de equilibrio de la corrupción y la lucha en su contra.

Podemos insistir en ir más allá de dicho punto, pero debemos estar conscientes de las consecuencias. No está demás advertir que no se pretende que las curvas reales en Venezuela tengan la forma presentada. Se trata sólo de un recurso para expresar una idea.

Elementos de tipo sociológico: En nuestra ponencia aludíamos a los diferentes tipos de burocracias y sus diferentes problemas. En su crítica contra la ley en lo relativo a las empresas públicas mencionó Mélich de pasada otro ejemplo: la Dirección de Industrias del Ministerio de Fomento. En definitiva tanto nuestra referencia como la de Mélich apuntan a la pertinencia de la LOSPP, para las que podríamos llamar burocracias reguladoras y a su impertinencia para otros ámbitos. Pero tales alusiones son todavía demasiado generales. En este sentido tiene mucho que aportar una disciplina como la sociología de organización que poco ha sido usada en el país para los proyectos de reforma administrativa, contexto dentro del cual hay que colocar, después de todo, a la LOSPP.

Una consideración sociológica es también útil en cuanto al problema de la relación entre pequeña y gran corrupción. Esta relación quizás no es tan importante desde el punto de vista financiero. Pero todos pensamos que una y otra se condicionan recíprocamente en una forma que, gráficamente, podría representarse así:

GRÁFICO 2
INTERRELACIONES ENTRE PEQUEÑA Y GRAN CORRUPCION



La pequeña corrupción o "mordida" debe tener un umbral crítico a partir del cual predomina un ambiente general de inmoralidad que facilitaría actitudes propicias a traspasos mayores los cuales a su vez por su visibilidad y notoriedad y, eventualmente, impunidad, reforzarían la expansión de la pequeña corrupción y nuevos reciclajes del circuito presentado en el gráfico.

Deliberadamente hemos dejado fuera de él un elemento como la situación que se presenta con una abundancia de riqueza fiscal, porque ello aunque muy importante sería exógeno al circuito y sólo potenciaría los factores endógenos preexistentes. Hemos hablado del 74 como fecha clave. Es evidente que lo hacemos sólo como el momento a partir del cual se rebasa un cierto nivel de tolerancia social.

En cuanto a la formación de una política en materia de corrupción, esto tendría como consecuencia la necesidad de evaluar el papel de "pequeña" y "gran" corrupción y en qué punto del circuito sería más eficaz trabajar para combatir el fenómeno en general, ¿qué tiene un efecto más virulento en cuanto a la degradación del ambiente moral: la experiencia cotidiana de infinidad de ciudadanos en su contacto con la administración o las informaciones sobre hechos más o menos escandalosos pero relativamente remotos? El problema está en que los escándalos presionan más fuertemente hacia soluciones globales aparentemente más fáciles, que hacia medidas graduadas para diferentes ambientes y situaciones. Esto evoca inmediatamente la cuestión de los "reposeeros". Este es un fenómeno que se encuentra en la zona fronteriza entre pequeña y gran corrupción. Es pequeña si se considera cada caso por separado. Pero alcanza enormes magnitudes cuando se convierte en una conducta colectiva. Hemos tenido oportunidad en la ponencia de citar cifras al respecto. El hecho ha llegado a ser tan escandaloso que merece consideración especial por parte de la ley. Nos atreveríamos a decir, que uno de los aspectos esenciales de la LOSPP es ser una *ley antirreposeeros*. Y aquí se plantea la importante cuestión de hasta qué punto podrán ser efectivas las penas creadas, si al mismo tiempo subsisten poderosos incentivos establecidos en la contratación colectiva que han dado lugar por selección adversa, a la conducta "reposeeril". Esto querría decir que el problema es tan especial como para requerir todo un cuerpo de medidas especiales. Sin embargo, colocado dentro del contexto de una ley que va más allá del mismo puede ocurrir que no se lo combata eficazmente y que la indignación que produce afecte un conjunto de situaciones muy distintas, que son tratadas con el mismo grado de indignación independientemente de su distinta naturaleza.

También da campo para consideraciones sociológicas en la toma de decisiones de este tipo la expectativa sobre el carácter preventivo de la LOSPP expresado de entrada y solemnemente en su Art. 1º. El mismo fue enfatizado por el legislador Simón Antoni Paván. Aquí hay la idea de prevención como afecto atemorizador de la amenaza de castigo. Tan es ello así, que después de esta referencia en el Art. 1º, el término no vuelve a aparecer en ninguna otra parte de la ley.

Ahora bien, la amenaza de castigo seguramente cumple un papel preventivo en cuanto a conductas relativamente simples como el ir a votar o en casos extremos donde se da una conciencia prácticamente unánime sobre la gravedad del acto. Por otra parte, ciertamente es más eficaz en el caso de un niño que de un adulto.

El problema comienza cuando las conductas son relativamente complejas como ser honesto en un contexto administrativo y según las expectativas de la ley o cuando los legisladores prohíben actos que una mayoría de mortales consideran que no se deben prohibir. Además, si los infantes son impresionables los adultos nos caracterizamos por ser zorrunamente adaptables. Entre el cumplimiento estricto de norma y la violación abierta, existen zonas intermedias, y frente a la penalidad que sólo puede estar dirigida al individuo surgen los mecanismos de defensa grupal. Todo ello ha sido puesto de manifiesto en el estudio sociológico de la llamada organización informal y de las consecuencias disfuncionales de las normas. Tales aportes deberían ser tenidos más en cuenta en la toma de decisiones. Aquí es también importante un concepto más avanzado de prevención como el que proporciona la Criminología (Elechiguerra).

4.2. *La decisión en sí misma y su taxonomía*

En la ponencia tratábamos las repercusiones de la ley en los funcionarios. A grandes rasgos apuntábamos a una situación inestable por cuanto se cargaba la mano sobre un determinado grupo social con la natural consecuencia de comportamientos de evasión por parte de dicho grupo. En sustancia se trata de una decisión que se considera tan beneficiosa para la sociedad que bien se puede arriesgar perjudicar uno de sus componentes. Esta situación se podría generalizar para obtener un marco de clasificación de decisiones que permitiera preguntarse ante una decisión concreta, en este caso una decisión de regulación, a qué categoría pertenece la decisión y qué consecuencias se derivan de su ubicación en dicha categoría. En el cuadro que sigue diferenciamos 9

situaciones que resultan de una matriz de 3 x 3, en la cual distinguimos en cuanto a sociedad y grupo regulado 3 posibilidades beneficio, indiferencia o perjuicio, respectivamente.

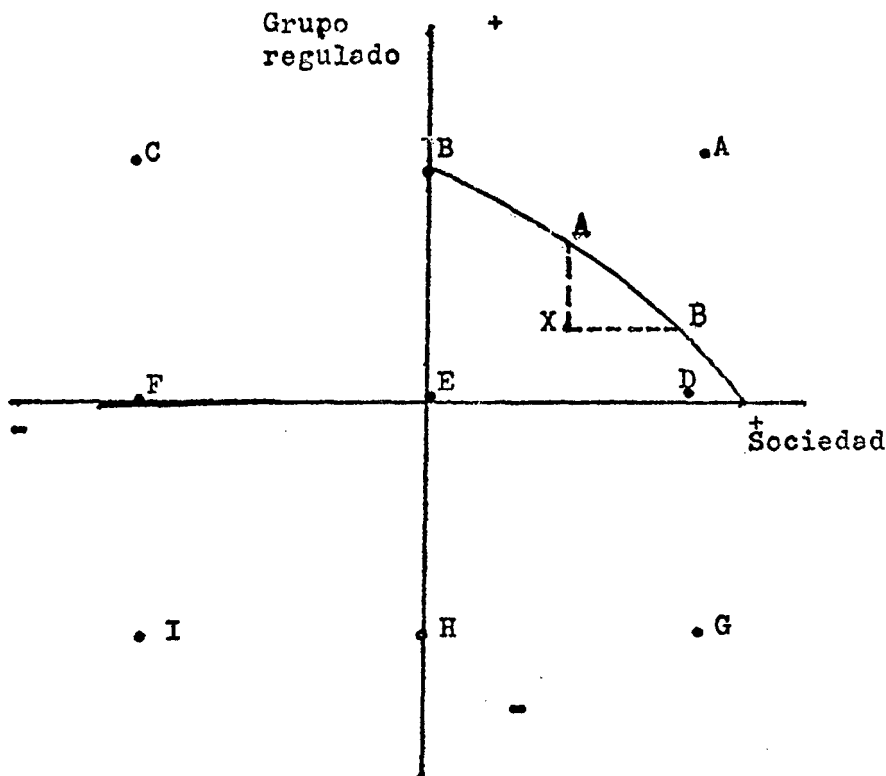
CUADRO 1

		SOCIEDAD		
		<i>Beneficiada</i>	<i>Indiferente</i>	<i>Perjudicada</i>
<i>Grupo regulado</i>	BENEFICIADO	A	B	C
	INDIFERENTE	D	E	F
	PERJUDICADO	G	H	I

Trasladamos esto a un gráfico de coordenadas, pues ello nos permitirá visualizar mejor las consecuencias que se derivan del cuadro:

GRÁFICO 3

TIPOS DE DECISIONES



Una idea de extraordinaria utilidad que nos permite representar el anterior gráfico es la de la pareto-optimalidad de las decisiones. En este caso se dice que una decisión es pareto-optimal cuando conduce a un estado en que al menos uno de los elementos que entran en juego en la decisión es mejorado y, por lo menos, ninguno es perjudicado; al mismo tiempo se ha llegado al máximo posible dentro de las constricciones que definen una situación. El área de decisiones pareto-optimales es el cuadrante superior derecho del gráfico. La línea curva representa las limitaciones a lo que, dado un nivel determinado de desarrollo, se puede obtener, en este caso, en beneficio de la sociedad y el grupo regulado o sólo de uno u otro, *A* rebasa las posibilidades concretas de la situación *E*, *D* y *X* representan decisiones que no aprovechan todo lo que se podría lograr. En *B* todas las posibilidades de beneficio se han concentrado en uno de los términos de la polaridad. Si pasamos del punto *X* al punto *B*, el grupo regulado gana y la sociedad es perjudicada en el sentido que pierde unos beneficios que antes tenía, pero en el punto *X* no se aprovechaban al máximo las posibilidades existentes. Los puntos en la curva abarcados por las líneas que irradian desde *X* serían pareto-optimales respecto de *X*. En *b* la sociedad gana y el grupo permanece igual. En *a* pasa lo opuesto. Entre *a* y *b* se compartirían en forma variable las ganancias de la nueva situación. Esto nos hace ver que la pareto-optimalidad es un concepto de eficiencia en el empleo de recursos, no de justicia distributiva. Desde este último punto de vista podemos preferir *X* o, desde luego, un punto intermedio en la curva de posibilidades, o un punto en que la sociedad cosechara todos los beneficios y el grupo ninguno, al revés del punto *B*.

Ahora bien, una de las cosas importantes de retener dentro de este contexto es que todos los demás puntos fuera del cuadrante superior derecho son puntos de desequilibrio social. Para decisiones del tipo *C*, *F*, *I*, *H*, *G*, hay que prever problemas. Una decisión del tipo *E* es anodina. Por otra parte, decisiones como *D* y *X* son socialmente estables pero ineficientes. Sin embargo podemos preferir *X* por razones de justicia distributiva.

Una vez explicado esto, es interesante tratar de ver cómo cada quien clasifica una determinada decisión dentro del esquema. Por todo el tenor de nuestra exposición se desprende que nosotros la consideraríamos un punto como *G* en general y como *I* en cuanto a las empresas públicas. Un defensor desaforado de la ley se ubicaría en *A*. Una evaluación como la de Tosta Hernández que la comparó con el Plan Unión la ubicaría, sin matizaciones de ningún tipo, plenamente en el cuadrante in-

ferior izquierdo, probablemente en un punto todavía más extremo que I. Y a propósito de esto hay que observar como algo debió estar muy contenido en aquel público formado mayoritariamente por funcionarios y que había sido expuesto en la mañana a las exposiciones fundamentalmente elogiosas de personeros oficiales, matizadas de los politólogos y luego a la muy técnica disertación de Arteaga, cuando acogió la observación con entusiasmo casi delirante. Se diría que fue una especie de catarsis y, quizá, muy significativa de que la ley es vivida por los afectados directos como un instrumento de persecución.

4.3. *Irradiaciones de la decisión y programas complementarios*

Los decisores deberían tener en cuenta además, las repercusiones de una ley como la LOSPP en el sistema total de las políticas públicas.

El seguimiento de algunas de las intervenciones del Seminario permite distinguir dos aspectos en tal sentido. Por una parte la repercusión en cuanto a disposiciones ya existentes y, por otra parte, en cuanto a la necesidad de nuevas disposiciones complementarias.

En cuanto al primer aspecto nos parecieron muy importantes las observaciones de Rachadell respecto a las novedades³ procesales de la LOSPP: juicio oral, instrucción directa por el juez de la causa, eliminación del recurso de casación y, en otro orden de ideas, la efectividad de las penas (Art. 103). Se preguntaba el expositor: Si todo esto es tan bueno, ¿por qué no se generaliza? La pregunta es certera porque con tales medidas se revela una crisis, por impotencia, de los medios jurídicos normales.

Al segundo aspecto se refieren otros juicios del mismo Rachadell como lo relativo a la incongruencia de aumentar la población penitenciaria en el país, cuando a través de otras políticas como las expresadas en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión de la Pena se trata de disminuirla y de evitar los efectos corruptores de las cárceles; así como lo que ya citábamos del mismo expositor en cuanto a descentralización y en la sección de este comentario referente a la *Prob. [penado] absuelto*] y que revelan la necesidad de reformas al régimen de funcionariado público. Dentro del mismo tipo de categorías habría que incluir la propuesta de Andueza, quien citaba datos del Ministerio de Justicia según los cuales el 80 por ciento del personal del mismo tenía

3. Ya existentes en la LCEI en un contexto menos riguroso. Pero en cuanto a la prohibición de no delegar facultades de instrucción observaba Elechiguerra, con razón a nuestro modo de ver, que la excepción a ello en cuanto a evacuación de pruebas hace prácticamente nugatoria tal prohibición (Art. 85).

sueldos inferiores a los tres mil bolívares, y sugería la necesidad de elevar las remuneraciones en la Administración Pública. En momentos, sin embargo, de crisis fiscal es difícil la realización de esto. Podría ser más "barato" sentar las bases de una verdadera carrera administrativa que combinara estabilidad con eficiencia. Por lo demás, el aumento de sueldos sin la existencia de dicha carrera poco resuelve. Finalmente una cuestión que tiene que ver con el complejo problema del clientelismo es la del replanteo, por virtud de la LOSPP y eventuales medidas complementarias como la reforma de la Ley de Carrera Administrativa, del problema del financiamiento de los partidos políticos.

Una labor basada en claros objetivos del gobierno para impulsar el programa de medidas complementarias que la ley suscita, puede convertir lo que al principio parecía una constricción política incómoda en un punto de partida para una mejor situación de los valores y sectores implicados. Sin embargo, hay el peligro de que en un año electoral el ejecutivo se contente con haber cumplido su deber con su escrito de objeciones y que no se avance más allá.

5. CONCLUSION

Quien haya leído este comentario hasta el final habrá comprendido que su propósito va más allá de la mera crónica. Aspiramos a que sea una pequeña contribución a la mejora del proceso de toma de decisiones en el país y concretamente que pueda ser útil a futuras reformas de medidas anticorrupción como la LOSPP. Aunque con las observaciones del Presidente de la República se produjo un interesante proceso de colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo, previsto en nuestra Constitución, creemos que el primero no explotó las amplias posibilidades de información a su alcance.

En efecto, algo que como un lamento se nota en todo el documento del gobierno es el temor de las repercusiones disfuncionales de la ley en la *performance* de la Administración Pública, pero en ningún momento aparece alguna información estadística usada salvo el dato proporcionado por el Ministerio de Justicia, y citado en nuestra ponencia, sobre el número de casos denunciados pasados por la PTJ a los tribunales. Toda la argumentación se concentra en lo jurídico y en lo que podríamos llamar la matriz de punitividad de la ley. De allí derivan observaciones, muy importantes por lo demás, sobre el juicio en una sola instancia a los altos funcionarios públicos, la penalización de los casos finalmente establecidos en el artículo 41 de la LOSPP como de sólo responsabilidad administrativa, pero también batallas perdidas de

antemano como el alegato de inconstitucionalidad de los tribunales de salvaguarda y una serie de observaciones de detalle sobre infinidad de artículos que hacen farragoso el documento y no permiten percibir un claro hilo conductor en el mismo. A veces pareciera como si los abogados de la Procuraduría y de la Consultoría Jurídica de la Presidencia se hubieran encerrado a ver cómo podían producir el mayor número de observaciones que les permitiera quedar bien ante el Presidente vista su solicitud de un estudio de la ley.

En contraste con ello es necesario diseñar un marco de toma de decisiones que permita un acoso más sistemático de los diferentes factores que es preciso tomar en cuenta y una anticipación del mayor número posible de efectos laterales (Urbaneja), e irradiaciones de la decisión. Ello permitiría decisiones más integrales o al menos un tipo de argumentación más sólido y mejor fundamentado. No es el caso aquí hacer una recapitulación de todos los aspectos que hemos señalado, pero sí quisiéramos poner de relieve los que se refieren a lo que podríamos llamar la economía política de la decisión y los relativos a problemas organizacionales y burocráticos.

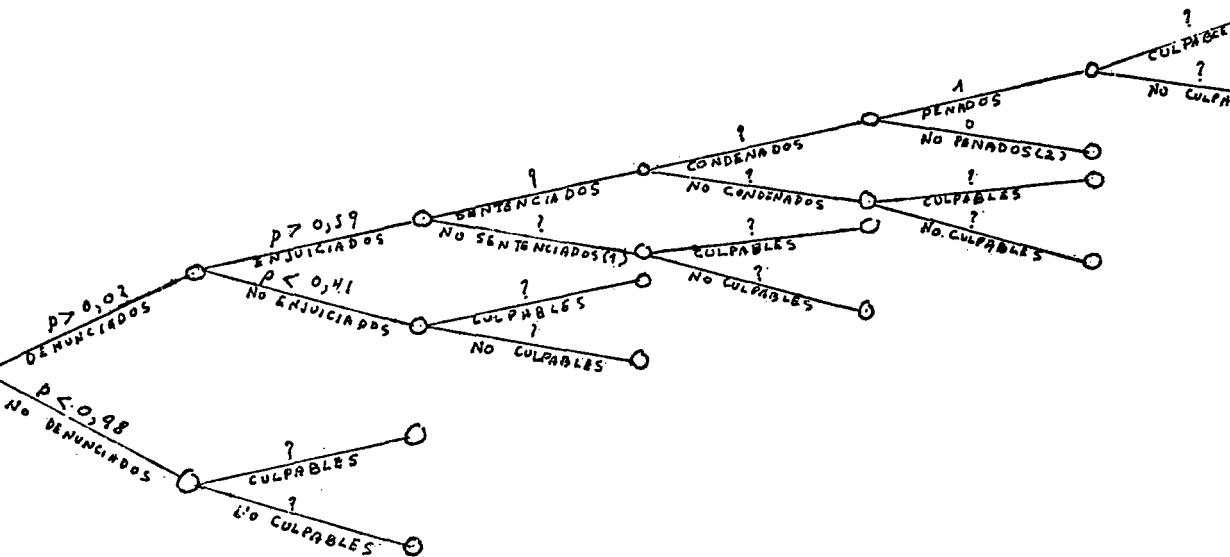
APÉNDICE

Para mayor claridad sobre el encadenamiento de probabilidades condicionales descrito en el texto se presentan los diagramas 1 - 4:

DIAGRAMA 1

El árbol de eventos que podemos llegar a conocer con certidumbre nos viene dado por las diferentes proporciones de casos que se van presentando en el ramal que comienza con "denunciados". El comienzo del segundo ramal con "no denunciados" se formaría a partir de datos sobre presuntas violaciones que no llegan a ser objeto de actuación judicial, ya sea por denuncia propiamente dicha o por otros medios de impulso a actuaciones judiciales o cuasijudiciales. Tales datos serían, desde luego, menos sólidos que los que sirven de base al primer ramal pero no imposibles de recabar y aquilatar. Cada uno de los ramales (menos "no penados" porque en el caso de la LOSPP no se darían) concluye en las posibilidades de "culpables" o "no culpables" que no son conceptos judiciales sino probabilísticos susceptibles de ser construidos a partir de la experiencia histórica con la ley.

Encima de cada rama iría la probabilidad numérica de cada evento. Como todavía no la conocemos figuran signos de interrogación en su lugar, salvo en el caso de "denunciados-no denunciados" y "enjuiciados



no enjuiciados”, que podemos colegir que serán los allí puestos en base a los escasos datos de que son disponibles y cuya fuente figura en “Costos y beneficios políticos de la LOSPP”.

El *Diagrama 2* es un resumen del *Diagrama 1*.

DIAGRAMA 4

Aplicando el teorema de Bayes podríamos, con los datos con que se llenara el *Diagrama 1*, determinar entre los culpables y no culpables qué porcentaje probabilístico será denunciado o no denunciado o, lo que más interesa, los porcentajes probabilísticos de penados o no penados. Esto último se recapitula en el *Diagrama 4* donde se ha reestructurado, en base a dicha perspectiva, el *Diagrama 3*.

Obsérvese la importancia de estas ideas para el seguimiento y evaluación de la aplicación de la LOSPP. La función de preferencia del sistema político en la actualidad pone el mayor énfasis en elevar la proporción de culpables penados y disminuir la de culpables no penados. Sin embargo, si se constatará un porcentaje de no culpables penados que colidiera con otras funciones sociales de preferencia, ello podría dar lugar a reformas de la ley. Tomada desde este punto de vista la LOSPP ofrece una gran oportunidad para la observación científico social.

DIAGRAMA 2

SIMPLIFICACION DEL DIAGRAMA 1

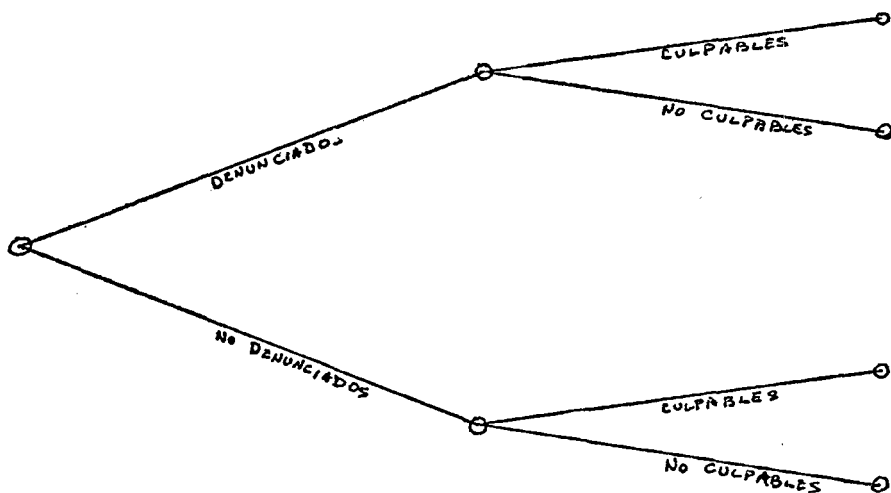


DIAGRAMA 3

INVERSION DEL ARBOL DE EVENTOS DEL DIAGRAMA 1

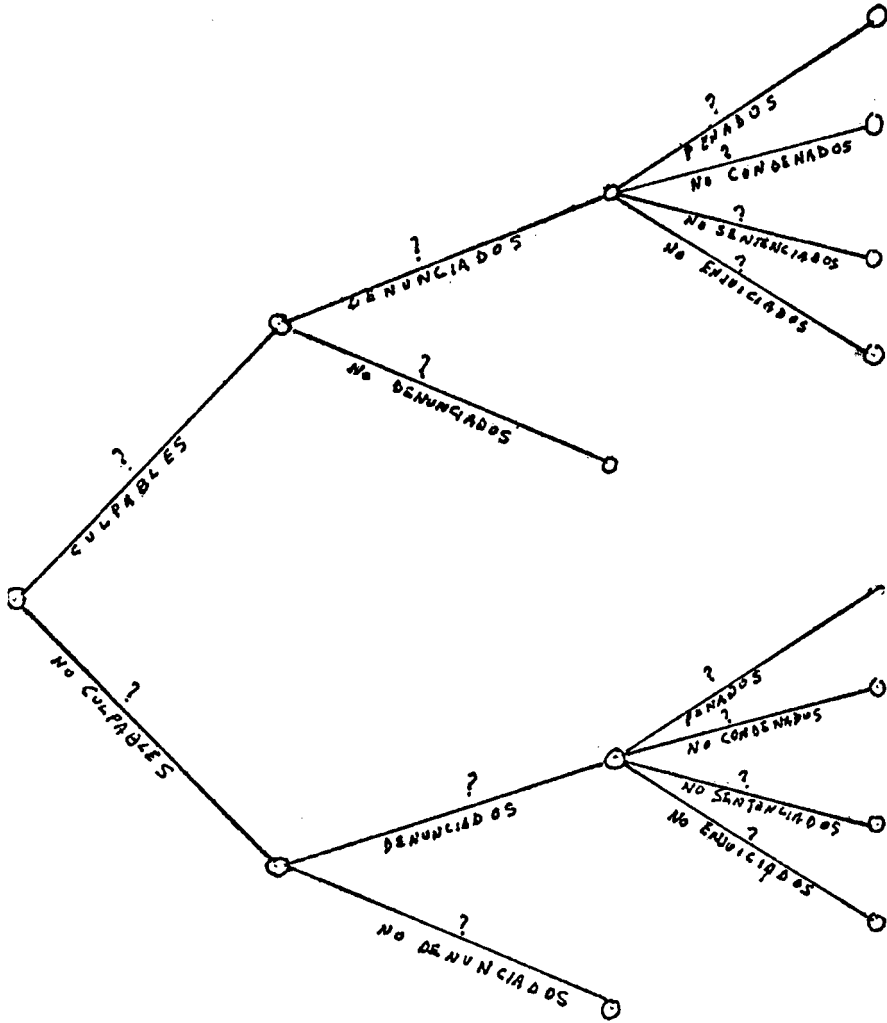


DIAGRAMA 4

SIMPLIFICACION DEL DIAGRAMA 3

