

Revista de
CONTROL
**FISCAL**

81

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
CARACAS-VENEZUELA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

DIRECTORIO

Contralor General de la República
DR. JOSE MUCI-ABRAHAM

Director General DR. HECTOR GRISANTI LUCIANI	Contralor Delegado para el Control de Pagos LIC. JOSE B. SUAREZ GRILLO
Consultor Jurídico ABOG. LUIS R. CASADO HIDALGO	Contralor Delegado para el Examen de Cuentas ABOG. CELIA POLEO DE ORTEGA
Director Técnico ECON. JESUS DAVID GARMENDIA	Contralor Delegado para el Sector Industrial LIC. NELSON REQUENA GONZALEZ
Director de Control de la Administración Centralizada DR. PASTOR DELGADO HERNANDEZ	Contralor Delegado para el Sector Financiero LIC. IVAN ROJAS CORDOVA
Director de Control de la Administración Descentralizada ECON. MIGUEL F. BRICEÑO DUNN	Contralor Delegado para el Sector Servicios LIC. ARMANDO RURETA NUÑEZ
Director de Inspección y Fiscalización ECON. EDUARDO PEÑALOZA V.	Contralor Delegado para el Sector Social LIC. GUSTAVO CARVALLO (Encargado)
Secretario del Contralor DR. TOMAS AGUILAR MAWDSLEY	Contralor Delegado para el Sector Educación, Ciencia y Cultura LIC. PEDRO MANUEL PARES
Jefe de la Oficina de Personal LIC. RICARDO DIAZ ZULOAGA	Contralor Delegado para el Sector Agropecuario LIC. JOSE MANUEL ALVAREZ
Jefe de la Oficina de Administración SR. HORACIO CARIAS RODRIGUEZ	Inspector General de Obras Públicas ING ^o . EFRAIN GUZMAN MONAGAS
Contralor Delegado para el Control Externo del Fondo de Inversiones de Venezuela ECON. ALI J. GONZALO LEAL	Inspector General de Fondos y Bienes SR. JOSE V. PORTO ESPINOZA
Asesor Jefe de la Unidad de Estudios Especiales ECON. FRANCISCO OJEDA	Inspector General de Estados y Municipios PROF. JAIME FERRO FARIAS
Contralor Delegado en la Unidad de Sistemas Contables LIC. CARMEN OTAIZA V. Planificación Administrativa	Contralor Delegado en la Oficina Nacional de Averiguaciones Administrativas ABOG. CESAR J. NAVARRETE
Contralor Delegado en la Unidad de Planificación Administrativa LIC. BEATRIZ A. CUEVAS	Delegado Especial de la Oficina de Cotizaciones con Sede en Nueva York ABOG. TEODARDO ANGELI
Contralor Delegado para el Control de Gastos ECON. ROBERTO FERNANDEZ YORIS	

BOLIVAR Y LA CORRUPCION ADMINISTRATIVA

Aplicación de la pena capital a los funcionarios que hayan tomado dinero de los fondos públicos.

SIMON BOLIVAR,
Libertador Presidente,
&, &, &,

Teniendo presente:

1°.— Que una de las principales causas de los desastres en que se ha visto envuelta la República, ha sido la escandalosa dilapidación de sus fondos, por algunos funcionarios que han intervenido en ellos;

2°.— Que el único medio de extirpar radicalmente este desorden, es dictar medidas fuertes y extraordinarias, he venido en decretar, y

Decreto:

Artículo 1°.— Todo funcionario público, a quien se le convenciere en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos arriba, queda sujeto a la pena capital.

Artículo 2°.— Los Jueces a quienes, según la ley, compete este juicio, que en su caso no procedieren conforme a este decreto, serán condenados a la misma pena.

Artículo 3°.— Todo individuo puede acusar a los funcionarios públicos del delito que indica el Artículo 1°.

Artículo 4°.— Se fijará este decreto en todas las oficinas de la República, y se tomará razón de él en todos los despachos que se libren a los funcionarios que de cualquier modo intervengan en el manejo de los fondos públicos.

Imprímase, publíquese y circúlese.

Dado en el Palacio Dictatorial de Lima, a 12 de enero de 1824 — 4° de la República.

SIMON BOLIVAR.

Por orden de S.E.,

José Sánchez Carrión.

índice

CONTROL FISCAL

EDITORIAL. La necesidad de Programación y Planificación de la Administración Pública.	
El Contralor presentó su informe Ante el Congreso de la República.	
Luis R. Casado Hidalgo. Notas para un Estudio del Régimen Legal del Crédito Público en el Derecho Venezolano.	11
Allan R. Brewer Carías. La Carga de la Prueba en el Derecho Administrativo.	23
Siébel Girón. El Poder de Control.	53
Manuel Rachadell. Impugnación Jurisdiccional de los Actos de la Contraloría General de la República.	73
Enrique Silva Cimma. El Nuevo Derecho Administrativo de las Organizaciones Subregionales.	89
Notas del Trimestre.	133
Criterio del Organismo Contralor sobre la Ratificación de Ordenes de Pago por el Consejo de Ministros.	139
Legislación y Doctrina Internacional.	143
Dictámenes de la Consultoría Jurídica.	159

Revista de **CONTROL FISCAL**

**Organo de la Contraloría
General de la República**

Director: Dr. JOSE MUCI-ABRAHAM

abril-mayo-junio 1976

La Contraloría General de la República no se hace solidaria con los conceptos emitidos en los artículos de opinión que se insertan en la presente edición.

**AÑO XVII
No. 81
CARACAS
VENEZUELA**



en esta edición

- El trabajo del Profesor Enrique Silva Cimma, que publicamos en esta edición, al elaborar la tesis de un nuevo Derecho Administrativo supranacional, plantea cuestiones tan interesantes como la recepción o aplicación de las decisiones emanadas de los Organos del Pacto Andino en el derecho interno de cada país signatario, y, como corolario indispensable, la necesidad de creación de un tribunal especial del Pacto Andino, para conocer de las reclamaciones que susciten aquellas decisiones y resoluciones. ver pag. 89

- — El Dr. Siébel Girón, publica en este número un trabajo sobre “El Poder de Control”, en el cual le asigna al organismo encargado de tales funciones un poder de tal naturaleza que abarca “toda la actividad estatal incluyendo el propio poder constituyente”. Comenta el Dr. Girón que nuestra Constitución estatuye la función de control parcialmente, ya que no abarca aspectos más amplios que las que regulan el poder constituyente. Vea pág. 53

- — El Dr. Allan—R. Brewer—Carías, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, en artículo que publicamos en este número, se refiere a la “Carga de la Prueba en El Derecho Administrativo”, destacando que la prueba es una actividad procesal encaminada a demostrar la exactitud o la inexactitud de determinados hechos que han de servir de fundamento para una decisión. Asimismo señala el Dr. Brewer que el problema de la carga de la prueba en el Derecho Administrativo, en ausencia de Leyes de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso Administrativo sólo puede resolverse mediante el análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. vea pag. 23

- — El Dr. Luis R. Casado Hidalgo, concluye su trabajo sobre “El Régimen Legal del Crédito Público en Venezuela”. En esta última entrega se refiere a algunos aspectos de la clasificación de la deuda pública y del contencioso del crédito público. En las notas anteriores comentó la naturaleza de cada una de las operaciones prevista en la Ley especial y el régimen aplicable a las instituciones autónomas, empresas públicas, estados y municipios, las cuales aparecieron en los Nos. 74 y 77 de “Control Fiscal”. ver pag. 11

El Dr. Manuel Rachadell ha escrito un importante estudio sobre “La Impugnación Jurisdiccional de los Actos de la Contraloría General de la República”, en el cual analiza en primer lugar, los mecanismos de impugnación jurisdiccional de los actos individuales de la Contraloría establecidos en las normas anteriormente vigentes y, en segundo lugar, los cambios introducidos en esta materia por la Ley orgánica de la Contraloría General de la República. Vea pág.— 73

La Necesidad de Programación y Planificación de la Administración Pública

Cuando el titular del Organismo asumió las funciones inherentes a su cargo, una de sus preocupaciones cardinales fue la de plantear ante la Administración Pública la necesidad de establecer una política de programación y planificación, que debía ser norte de todos los Departamentos que forman parte del Ejecutivo Nacional.

En efecto, para que la modalidad de control previo que la Institución Contralora ejerce conforme a la ley que regula su competencia, no entrase el funcionamiento de la administración activa, debe realizarse en una forma expedita, para que los programas de los entes centralizados no sufran retardos innecesarios. Al mismo tiempo, el titular del Organismo puso también empeño en atenuar las exigencias de la ley, asumiendo actitudes que quedarán enmarcadas dentro de los lineamientos generales que la normativa sobre el control previo dispone. En vista de que esta materia se considera de permanente preocupación, la Revista de Control Fiscal ha creído de utilidad resaltar la opinión que sobre la necesidad de una política de programación y planificación fue planteada en el Informe que el Contralor General de la República presentó al Congreso Nacional, en marzo de 1976. Al respecto, se asentó:

Ahora bien, no debe olvidarse que los actos de la Contraloría vienen a constituir una fase necesaria, por imperio de la ley, para que el acto de la Administración pueda producir sus efectos. La iniciativa del acto de adminis-

tración corresponde al Poder Administrador; pero éste, a su vez, debe poner también la mayor atención, no sólo para que el acto se realice con la mayor dosis de perfección, sino que debe realizarlo oportunamente, con una debida programación, según cronograma previamente establecido. La corrección, celeridad, certeza y agilidad que en el ejercicio del control previo se les exige a los funcionarios del Organismo sólo es posible si, a su vez, la Administración se esfuerza en establecer los mejores dispositivos de control interno, para que sus actos, que han de ser sometidos al control previo, no se vean objetados o cuestionados por la Contraloría.

Es muy importante, para garantizar el éxito de la gestión administrativa, evitar la improvisación, mediante la distribución cronológica de las diversas tareas relativas a la ejecución del Presupuesto. He podido apreciar cómo se distorsionan las funciones del Organismo bajo mi dirección a través de la presión que se ejerce por algunos Ministerios al acercarse el final del semestre complementario de ejecución del Presupuesto o el fenecimiento de éste. En la generalidad de los casos se pretende realizar adquisiciones o celebrar contratos para agotar violentamente, sin programación ni coordinación, las partidas presupuestarias. Entonces sucede lo que hemos expresado: por una parte, la Contraloría no puede realizar eficazmente su función, debido al inmenso volumen de asuntos que se someten a su consideración al final del año, los que debe decidir bajo el peso del apremio del escaso tiempo de que dispone; y por otra que, debido a la improvisación y deficiente programación en los Ministerios, los actos sometidos a control no se ajustan a las normas aplicables, lo cual acarrea objeciones que, en definitiva, frustran la realización de los programas de la Administración Activa.

En el Organismo Contralor se advierte, a través de situaciones que se presentan con carácter reiterativo, que no sólo hay falta de programación y planificación en la ejecución del presupuesto, sino, además, una deficiente concepción o estructuración de éste, quizás por insuficiente análisis del elenco de gastos que ha de reflejarse en sus partidas. Algunas veces se prevén erogaciones que no llegan a efectuarse, total o parcialmente, por error en el concepto de la previsión o por exceso en su cuantía; y en otras ocasiones acaece lo contrario, pues no se contemplan rubros de gastos tendientes a satisfacer necesidades que eran previsibles. Y entonces se inician las presiones sobre la Institución Contralora, para que admita que en los rótulos que figuran en el legajo presupuestario encajan –por supuesto que a base de dilatar los conceptos– erogaciones ciertamente no previstas. Se arguyen, entonces, como razones que sin duda obran en favor de los postulantes, los perjuicios –muchas veces ciertos– que derivarían para la Nación de no efectuarse el gasto. Y si la ley no termina haciéndose a un lado, para ceder su lugar a la imprevisión, la actitud de la Contraloría se juzga recalcitrante.

El presupuesto de la República, por lo expuesto, debe ser, primero bien pensado, y luego su ejecución debe programarse convenientemente. De lo contrario seguiremos llevando a rastras anomalías de larga data, capaces de dar al traste con las bondades de una correcta ejecución presupuestaria.



El Contralor Presentó su Informe Ante El Congreso de la República

En acatamiento a la preceptiva del artículo 239 constitucional, el Contralor General de la República, Dr. José Muci-Abraham, presentó el Informe sobre la actuación de la Contraloría durante el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1.975, al Ciudadano Presidente y Vice-presidente del Congreso de la República, doctores Gonzalo Barrios y Oswaldo

Alvarez Paz. En la gráfica momentos en el cual el Dr. Muci entrega un ejemplar del mencionado Informe en compañía del Dr. Héctor Grisanti Luciani, Director General de la Contraloría. Seguidamente se incluye un resumen de las principales actividades cumplidas durante el año de la Cuenta, tomadas de la primera parte correspondiente a la presentación de la misma:

- Se recibieron 250.473 órdenes de pago por un monto total de Bs. 43.611.309.305,57, de las cuales se objetaron 19.370 por Bs. 1.812.606.524,66, fueron reconsideradas y aprobadas 6.257 por Bs. 521.944.290,40, anuladas 8.679 por Bs. 961.672.659,91 y quedaron pendientes en estudio 4.434 por Bs. 328.989.574,35.

- Fueron revisados 15.236 proyectos de contratos por un total de Bs. 5.005.176.874,05 de los cuales se aprobaron 14.040

por la cantidad de Bs. 4.513.179.799,85 y se objetaron 1.364 por Bs. 491.998.074,20.

- Se revisaron 6.303 proyectos de adquisiciones de bienes muebles por un monto de Bs. 572.617.867,37 de los cuales fueron aprobados 5.510 por Bs. 473.480.980,64 y se objetaron 793 por Bs. 99.136.886,75.

- Con el objeto de verificar si las entregas de mercancías se ajustaban a las características especificadas en las órdenes de compra aprobadas por la Contraloría, se efectuaron 7.643 inspecciones concomitantes y 5 a posteriori.

- Se examinaron 5.989 expedientes de reclamaciones de acreencias contra el Fisco Nacional por la cantidad de Bs. 94.257.721,55. De este monto se reconocieron Bs. 59.809.051,20 y se consideraron improcedentes diversas solicitudes por la cantidad de Bs. 34.448.670,35.

- Se llevó a cabo la verificación de 4.052 avalúos de bienes muebles, inmuebles, mejoras y semovientes por un monto de Bs. 72.388.903,93. Como resultado de las verificaciones efectuadas se formularon objeciones por un monto de Bs. 8.359.228,57.

- Se efectuaron 15 auditorías de caja, 21 auditorías especiales, 9 arqueos de caja y 88 intervenciones diversas en los Despachos del Ejecutivo.

- A través de las Unidades Permanentes de Control establecidas en Institutos Autónomos y Empresas del Estado se efectuaron las siguientes intervenciones: 9 Auditorías Financieras Globales, 28 Auditorías Financieras Sectoriales, 2 Auditorías Administrativas Globales, 125 Auditorías Administrativas Sectoriales, 100 intervenciones especiales y 94 intervenciones diversas.

- Se decidieron 61 expedientes sobre averiguaciones administrativas, en las cuales se dictaron 14 autos de culpabilidad.

- Se examinaron 264 cuentas presentadas por las dependencias obligadas a ello, de las cuales se objetaron 136 y se declararon fenecidas 128.

- Se formularon 130 reparos por un monto de Bs. 176.383,05; fueron declarados sin lugar 5 por Bs. 32.968,79 y siguieron su curso legal 82 por Bs. 18.264.237,32.

- Las economías efectivas logradas para el Fisco Nacional por la Contraloría durante el año 1975 alcanzaron a la cantidad de Bs. 41.823.629,03 de los cuales Bs. 40.016.227,93 corresponden al control previo y Bs. 1.807.401,10, control posterior.

Notas para un Estudio del Régimen Legal del Crédito Público en el Derecho Venezolano (*)

Luis R. Casado Hidalgo

CLASIFICACION DE LA DEUDA PUBLICA

Conforme a lo que hemos expuesto a lo largo de este trabajo y de acuerdo con nuestra legislación hacendaria, el pasivo de la hacienda pública nacional, por lo tanto la deuda pública en sentido lato, nace en primer término de las operaciones de crédito público pactadas según las disposiciones de la respectiva ley especial, en segundo lugar de la ejecución del presupuesto anual de gastos y por último del reconocimiento administrativo o judicial que resulte del procedimiento creado en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. A los fines de la clasificación que trataremos de exponer, asumiremos la expresión “deuda pública” en sentido integral: comprensiva tanto de aquellas operaciones que, por cumplirse con arreglo a la Ley de Crédito Público, constituyen en propiedad y formalmente deuda pública, como aquellas que ostentan tal carácter por la naturaleza pública del deudor aunque su realización derive de actos de normal y ordinaria administración de la hacienda pública y, principalmente, conforme a la legislación presupuestaria vigente.

1º El primer elemento de clasificación vendría dado por un criterio estrictamente territorial y más que esto, por la vigencia de un ordenamiento jurídico extranjero bajo cuyo imperio

(*) Las entregas 1 y 2 del presente trabajo aparecieron en los Nos. 74 y 77 de esta Revista.

tendría lugar toda ejecución o cumplimiento de las obligaciones asumidas por el ente público. Se habla entonces de deuda interna y deuda externa. La primera es aquella que se emite y cumple dentro del país; su régimen está determinado por la legislación interior y siendo así, la nacionalidad del acreedor, la moneda o divisa elegida o cualquier otro elemento que no haga a la vigencia del fuero territorial determinante, carece de valor substantivo en la clasificación. En términos de la ley venezolana, los empréstitos emitidos por estados y municipalidades tendrán que sujetarse íntegramente a la legislación del país porque siempre serán necesariamente internos; así lo establece como vimos la Ley de Crédito Público por vía de limitación en uso de los poderes que le otorgó el constituyente de 1961. Antes de 1961 la restricción impuesta a dichos entes públicos era de rango constitucional. (Const. de 1936, artº 24 Const. de 1947, artículos 117 y 127). El proyecto de Ley de Crédito Público que fue presentado al Congreso en mayo de 1959 definía la deuda interna como aquella que “se contrae y paga en moneda nacional”, concepto que no fue aceptado, a nuestro juicio no sólo por lo corto de sus alcances, ya que la forma de pago en cualquier obligación nunca puede considerarse como fundamento y explicación de la misma, sino porque factores de igual rango secundario podrían utilizarse también para esta primera clasificación. La condición de ente público soberano del acreedor en los empréstitos entre Estados, no apareja de suyo la aplicación de las normas de derecho internacional público que regulan las relaciones interestatales, ya que en la medida en que la legislación interna de los signatarios lo permita podría someterse todo lo relativo al negocio a la ley de alguno de ellos. Creemos que en Venezuela y en lo que toca principalmente al empréstito, la vigencia de un régimen jurídico diferente al nacional no serviría como elemento de clasificación en vista de la prohibición —aun no aclarada en su correcta y definitiva inteligencia— contenida en el artículo 127 constitucional. Similares consideraciones podrían surgir en el supuesto de que el Estado contrate con un organismo internacional; y se harían de más obligatoria atención cuando se trate de operaciones distintas del empréstito, las cuales ya han sido apreciadas como de derecho privado, particularmente por los poderes de fiscalización y control que se le reconocen y aceptan al acreedor y por la circunstancia de que se trata de negociaciones donde el cuadro contraprestativo nunca tiene una fuente unilateral; la operación carece del carácter institucional que ostenta el empréstito, y presenta en cambio — lo que podría ser definitivo en la calificación — un mero sentido de instrumentalidad. Es así como el esquema contractual del derecho privado recobra su vigencia y correlativamente el principio de que los actos se rigen por la ley del lugar.

Entonces, para esta primera clasificación lo fundamental es determinar la localización de las obligaciones respectivas; ya que aparte de la moneda o divisa elegida —criterio preconizado por Jeze— se han utilizado otros, como por ejemplo el lugar y el mercado de emisión de los títulos y el lugar de pago de la deuda. Este último ha sido el más aceptado. Deuda externa u obligación financiera internacional, no es otra que “la adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de valores”. La aplicación de este criterio armonizado con el ya citado principio de la inmunidad de jurisdicción, podría explicar o ampliar la idea del proyectista de 1959. Esta conclusión resulta, igualmente, del parecer de Ferreiro Lapatza expuesto en el trabajo antes referido; así pues, el sistema normativo por el que se regula la relación contractual puede ser un criterio para la clasificación a la que ahora nos estamos refiriendo. “Préstamos exteriores serían los que, realizados entre dos sujetos de derecho internacional, están sometidos a las normas de este ordenamiento y aquellos en los que este puede entrar en juego por presentarse en ellos un elemento extranjero que pueda justificar la intervención de otro Estado. Interiores serían los que están regulados por el ordenamiento jurídico de un país determinado, ya porque en ellos no se presente ningún elemento extraño a ese ordenamiento, ya porque así resulte de la voluntad de las partes o porque así lo determine la aplicación de una norma de conflicto”. La consideración de los criterios anteriores ha llevado a la Ley (española) de Administración y Contabilidad a establecer en su artículo 19, numeral 2, que la deuda “puede ser interior o exterior, según que la obligación contraída deba cumplirse dentro o fuera de la nación”. La deuda externa, entendida como aquella que se cumple y ejecuta conforme a ordenamientos jurídicos extraños a los que rigen en el país del deudor, puede ser a su vez intergubernamental (llamada también por Jeze deuda política, cuyo cumplimiento queda a la voluntad soberana del deudor), o internacional y finalmente privada. Estas dos últimas especies constituyen para el autor antes citado la llamada deuda comercial, calificada, ya lo dijimos, por la más reciente doctrina latinoamericana como de derecho privado, no sólo por los objetivos que con los recursos se pretende lograr, sino por la presencia de poderes a veces exorbitantes en manos del acreedor y la organización jurídica de las entidades prestamistas. Entre nosotros corresponde a la deuda nacida de las operaciones previstas por el artículo 5º de nuestra Ley de Crédito Público en su literales b) y c).

2.— El plazo de amortización de la deuda, o mejor dicho la extensión de las obligaciones en el tiempo, fundamentan la clasificación, corriente en todos los textos de hacienda

pública, que distingue entre deuda flotante y deuda consolidada. La primera se emite —en los casos estrictos de deuda pública según los razonamientos ya expuestos— o se contrae o acepta, cuando se trata de supuestos genéricos u ordinarios de administración del gasto público— a corto plazo, bien que éste sea una categoría legal específica, propia y distinta cual la que contempla el Reglamento de nuestra Ley de Crédito Público en su artículo 2, o que resulte de una decisión administrativa tomada en ejercicio de los poderes de administrador que tiene el ejecutivo. La deuda flotante representa un monto generalmente variable de obligaciones del Estado y ello tiene que ser necesariamente así, porque múltiples son las situaciones de derecho que le dan nacimiento y variados los supuestos en que el ejecutivo puede asumirla. En general cubre o comprende compromisos vencidos que no pueden ser cancelados de inmediato y en los cuales la amortización se efectúa a término muy breve, generalmente en períodos presupuestarios inmediatos a la fecha en que ha concluido el procedimiento legal para su reconocimiento, o en el período de ejecución presupuestaria, según sea la naturaleza jurídico formal de la decisión que los legitima.

La deuda flotante, atendiendo a la motivación antes expuesta, se clasifica a su vez como deuda de administración o de tesorería: en primer término, cuando corresponde a servicios y suministros al gobierno, no pagados por deficiencias en el flujo de los ingresos públicos o porque haya caducado la oportunidad presupuestaria para exigir su pago. En estricto derecho venezolano, esta última sería la razón legal, principal y casi única, que le daría nacimiento: primero porque no se puede asumir compromiso alguno sin que exista la debida dotación presupuestaria y luego porque el compromiso —declarativo o constitutivo— que no haya sido solventado en los diez y ocho meses de ejecución tendrá que ser tramitado para tales efectos conforme al procedimiento previsto en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, o 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, según los casos. El carácter temporal que ostenta esta variedad de la deuda flotante y las condiciones mismas que le dan nacimiento así como su facilidad para ser exigida hace excepcional la causación de intereses. Con todo, cuando nace de acciones patrimoniales contra la República deducidas en vía judicial, nuestra Corte Suprema ha sancionado el pago de intereses, según puede verse en sentencias recientes (Vid. G. O. N^o 30.314 de fecha 26-1-74). La deuda de administración o de tesorería consta en partidas asentadas a cargo del Tesoro y a favor de sus acreedores y en órdenes de pago que no fueron cobradas en su oportunidad legal. No hay por tanto una formalidad o solemnidad impretermitible que haga a la legitimación de esta clase de deuda.

Por ello se sostiene que la componen simples compromisos temporales extraños a la deuda financiera propiamente dicha, a los cuales, desde el punto de vista de la contabilidad presupuestaria, puede calificárseles como saldos pendientes de pago; formas del pasivo de la hacienda nacional según lo prevé el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional en sus oridinales 2º y 3º. Por otra parte, entre nosotros se regula especialmente esta clase de compromisos en lo que toca a su finiquito, en la “Ley que establece el régimen para la conciliación, compensación y pagos de deudas entre Organismos Gubernamentales y entre éstos y los estados y municipios” de 21.8.75 (G.O. N° 30. 800 de 20. 9. 75).

La deuda flotante de Hacienda —que tal es el calificativo de la segunda variedad— tiene que ver más de cerca con la imprevisión presupuestaria o con desajustes financieros que escaparon a su estimación para el momento en que se elaboró el proyecto de presupuesto. Evidencia un desequilibrio transitorio entre ingresos y gastos y se contrae como simple anticipo solventable durante la ejecución del presupuesto generalmente, o bajo un régimen formal de corto plazo que en Venezuela no puede exceder de dos años ni puede ser modificado a través de la consolidación, la conversión o la prórroga o renovación. Correspondería teóricamente a la primera de las motivaciones para contraer deuda pública expuestas por Dieben y Ebert. Sirve en efecto para suministrar capital disponible o créditos en efectivo destinados a cubrir déficits pasajeros de caja, originados por las fechas no coincidentes en que vencen (se causan y se hacen exigibles) los ingresos y los gastos. Su misión no es generalmente la cobertura sino el anticipo. La forma típica de esta variedad de la deuda flotante está constituida por las Letras del Tesoro a cuyo régimen nos hemos referido con anterioridad, particularmente las que se emiten al amparo de la excepción contenida en el párrafo único del artículo 18 de la Ley de Crédito Público.

La deuda consolidada, llamada también “Deuda del Estado”, que a diferencia de la anterior, requiere ley expresa que la autorice, tiene en la doctrina una motivación más profunda y de más vastos alcances: obedece a propósitos de verdadero financiamiento, o a compromisos propios de convenios de carácter político. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico y salvo la necesaria autorización del Congreso, en nada difieren la deuda flotante de hacienda y la deuda consolidada; ésta se emite a mediano y a largo plazo; entre nosotros se expresa típicamente en los llamados Bonos del Tesoro, ya analizados, y en la forma atípica aunque legal de los acuerdos y convenios relativos a aquellas operaciones de crédito distintas del empréstito. Quizás pueda sostenerse sin errores de bulto que la versión más

aproximada de deuda consolidada entre nosotros sea la que contempla la Ley de Reforma Agraria. Dice su artículo 172: “A los fines de contribuir al financiamiento de la reforma agraria, se autoriza la constitución de una deuda pública interna la cual se denominará Deuda Agraria, a cargo del Instituto Agrario Nacional y garantizada por la Nación”. Las emisiones que la constituyen, según el artículo 173, tendrán por objeto cubrir los compromisos derivados de la expropiación de fundos, adquisiciones de bienes en negociaciones amigables y financiamiento de inversiones del Instituto Agrario Nacional con finalidades de reforma agraria. Trátase propiamente de un régimen de unificación o de conversión de obligaciones eminentemente civiles. Y es en ejecución de tales premisas que el artículo 174, regula in —extenso las obligaciones que asuma el ente emisor y define el carácter verdaderamente institucional de la deuda agraria. En efecto, los bonos a que se refiere el artículo 173 “serán de tres clases: 1^a Clase A, con vencimiento a los veinte (20) años de la fecha de la emisión, que devengarán intereses a la rata anual del tres por ciento (3%) y los cupones correspondientes podrán admitirse a su vencimiento en pago de impuestos nacionales. Los bonos no son transferibles, pero serán admitidos como garantía de préstamos que otorgaren al expropiado instituto financieros oficiales para fines agrícolas o industriales o en pago de créditos agrícolas o pecuarios obtenidos por él mismo de dichos institutos con anterioridad a la publicación de esta Ley. Los bonos de esta clase serán de obligatoria aceptación y se aplicarán al pago del precio de la expropiación de los fundos incultos o explotados indirectamente, según lo dispuesto en los apartes 1) del artículo 27 y Unico del artículo 179 de esta Ley. Las emisiones de esta clase se harán en cantidades no mayores de cien millones (100.000.000) de bolívares cada una. 2^o —Clase “B”, con vencimiento a los quince años de la fecha de emisión que devengarán intereses a la rata anual del cuatro por ciento (4%). Estos bonos serán de aceptación obligatoria y se aplicarán al pago del precio de los fundos expropiables no comprendidos en el aparte anterior y de los adquiridos en negociación o arreglo amigable celebrado entre el Instituto y los propietarios. Las emisiones de esta Clase se harán en cantidades no mayores de cien millones de bolívares (100.000.000) cada una. Regirán para esta clase las demás condiciones establecidas para los de la Clase “A”.

3^a —Clase “C”, con vencimiento a los diez años de la fecha de emisión, que devengarán el interés anual que se fije de acuerdo con las condiciones del mercado de valores y estarán exentos del pago de impuesto sobre la renta. Las emisiones serán colocadas directamente en el mercado por intermedio del Banco Central. Estos Bonos se aplicarán al financiamiento de otras inversiones

propias de la Reforma Agraria y para el pago del precio de las tierras en aquellos fundos que aún cumpliendo con su función social deban ser adquiridos o expropiados conforme al artículo 33 de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en dicho artículo en cuanto al pago en efectivo de las bienhechurías útiles existentes, los semovientes y deudas hipotecarias o privilegiadas del fundo expropiado contraídas y aplicadas para su desarrollo y fomento.”

Algunas diferencias de orden financiero entre las clases de deudas ya citadas son propugnadas por la doctrina. Generalmente la deuda flotante tiene un plazo cierto de extinción que no puede ser alterado, por el ente emisor (Ley de Crédito Público artículo 24); se cancela con los recursos ordinarios del Tesoro, lo que es una consecuencia de la rigidez de su régimen específico, el que a su vez responde a la motivación de simple anticipo que se le reconoce y, dentro de las ordinarias operaciones de gestión presupuestaria del ente deudor, tiene una simple significación contable que no la de un negocio de financiamiento propiamente dicho; de allí que la causación de intereses no sea de lo substantivo de su régimen. Por el contrario, la deuda consolidada —que en rigor es aquella que resulta de la aplicación de un régimen uniforme a la contraída dentro de la sistemática legal ordinaria del crédito público y más propiamente del empréstito— se contrae por un largo período de tiempo— cinco años en nuestra legislación—, algunas veces sin fecha definida de extinción (lo que acerca la operación a la figura de la renta vitalicia) y por ende sin obligación exigible de devolución del capital. Por consiguiente, esta primera nota —extrajurídica aparentemente—, trae consigo el que en las operaciones de administración o gestión de la deuda consolidada, se fijan de manera expresa allí donde la legislación lo permite, en la ley habilitante (o de emisión) los recursos necesarios para cubrir el servicio (a manera de garantía real o afectación específica de ingresos), o se ordene la constitución de un fondo especial de reserva para la misma finalidad, en el cual se asegura o funda la deuda (deuda asegurada o deuda fundada). La deuda consolidada tiene en la doctrina una motivación más seria y profunda: puede obedecer a una carencia general e insoluble dentro de las circunstancias político—económicas en que se pacta la operación (déficit presupuestario crónico) o a una verdadera necesidad de cobertura extraordinaria, o bien, a compromisos propios de contratos de carácter político, donde encontrarían acomodo las llamadas deudas de indemnización y de rescate originadas a su vez en operaciones de conversión y unificación de obligaciones de diverso origen (artículo 5, letra e de la Ley de Crédito Público). Entonces, la finalidad de la deuda consolidada es más amplia: los requerimientos del desarrollo y la estabilidad del

régimen político aparecen como causas determinantes. El régimen jurídico comporta las siguientes notas: el acreedor —aunque reconocido como tal— puede no tener derecho a pedir que se le restituya el capital en determinada fecha, o tiene ese derecho sólo en forma limitada y el Estado puede presentar estas alternativas: asumir una obligación de carácter permanente y aun cuando no se comprometa a la restitución (contrato que en el fondo es de renta vitalicia) tiene la facultad de reservarse el derecho a cancelar cuando lo considere conveniente y sin acuerdo o consentimiento del acreedor. Pero la obligación puede ser la de restituir el capital dentro de un plazo determinado, según un plan de amortización ofrecido de antemano o sin él; se habla entonces de deuda consolidada irredimible o a fondo perdido, y de consolidada redimible. Esta última modalidad es la que impera actualmente y a diferencia de la anterior no es indefinida, aunque si inscrita, esto es, precisada en cuanto a la titularidad del acreedor. La vieja figura del llamado “Gran Libro de la Deuda Pública” donde se registraba la deuda perpetua, puesta en práctica por primera vez, en 1693 en Inglaterra y en la Francia de la Revolución, ha caído en desuso, si bien la legislación moderna obliga al Estado a llevar un registro contable especial (Ley de Crédito Público, artículo 47), obligación que también es expresa para la Contraloría General de la República (artículo 13). Es ocioso repetir que entre nosotros ha sido marginada desde hace tiempo la posibilidad de la deuda perpetua: en primer lugar, la ley de 1944 prohibía la contratación de empréstitos no amortizables y la ley actual limita los poderes del gobierno para endeudarse en tales condiciones; así el artículo 7 de la Ley de Crédito Público, establece: “La consolidación, conversión o unificación de la Deuda Pública (figuras que pueden originar la deuda perpetua) deberá ser autorizada expresamente por el Congreso Nacional”. Por otra parte, es teórica y legalmente imposible que esa clase de deuda se produzca, porque “en los Presupuestos de las entidades públicas, deberán incluirse las partidas correspondientes al valor exacto del servicio de la deuda pública”, (artículo 11 ejesdem). Y por último, “el Congreso Nacional podrá por ley especial, fijar un máximo al volumen total de deudas que puedan contraer la República, los Estados, las Municipalidades y los Institutos o Establecimientos Autónomos” (artículo 12 ejesdem).

La legislación vigente sólo distingue entre empréstitos internos y externos, mas ni establece ni asoma elemento alguno para fundar o explicar la diferencia. Es así como puede sostenerse, por vía de interpretación y habida cuenta de las prohibiciones que para contratarlos limitan a estados y municipios, que en nuestro derecho priva el lugar de ejecución o cumplimiento de las

obligaciones mediante una transferencia de valores, para calificar la deuda como externa y no la vigencia de un estatuto extranjero ya que la Constitución lo prohíbe en su artículo 127 al menos para el empréstito. No podría decirse igual cosa para las otras operaciones de simple gestión pero calificadas sin embargo como de crédito público en los literales b) y c) del artículo 5º ya tantas veces citado. En ellas, Venezuela ha aceptado desde 1960 aproximadamente la institución del arbitraje, en la que el Tribunal “fallará en conciencia, basándose en los términos del contrato y promunciará su fallo aun en el caso de que alguna de las partes actúe en rebeldía”; “sólo tendrá competencia para conocer de los puntos de la controversia”, “se constituirá en Washington, U.S.A.” compuesto de tres miembros designados así: uno por el Banco (Interamericano de Desarrollo), otro por el deudor y un tercero, dirimente, por acuerdo entre las partes, ya directamente, ya por intermedio de los respectivos árbitros. Si las partes no se pusieren de acuerdo con respecto a la persona del dirimente, éste será designado a petición de cualquiera de las partes por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Si una de las partes no designare árbitros, éste será designado por el dirimente. Si alguno de los árbitros designados o el dirimente no quisiere o no pudiere actuar o seguir actuando, se procederá a su reemplazo en igual forma que para la designación original.

No existe pues una noción de derecho válida por unívoca, que ayude a explicar la distinción, porque incluso tratándose del empréstito propiamente dicho, donde Venezuela ha hecho valer a todo evento la inmunidad de jurisdicción, quedan en pie dos nociones básicas establecidas como premisa —quizás de previa y obligatoria consideración— por el constituyente, cuales son la de “contrato de interés público” y la “naturaleza” del contrato ya calificado en el artículo 127. Por manera que la invocación directa de la llamada inmunidad de jurisdicción supone que el empréstito es un contrato de interés público, lo que no parece ser cierto en todos los casos, porque tampoco el calificativo ha sido debida y exhaustivamente analizado en su contenido y alcances.

BREVES ANOTACIONES SOBRE EL CONTENCIOSO DEL CREDITO PUBLICO

Cabría preguntar si el cumplimiento de los compromisos realizados de operaciones de crédito público, puede ser judicialmente exigido en el supuesto de que el ente público deudor los desconozca o aplaze total o parcialmente, bien por propia decisión o por causa extraña no imputable o insuperable, y

de ser afirmativa la respuesta, qué índole revestiría el fallo y cuáles serían sus alcances en punto a ejecución.

No cabe duda de que, aparte de la especial naturaleza que se reconoce al empréstito, los compromisos que de él surgen aparejan responsabilidad de grado semejante a la que derivaría de cualquier acto de gestión de la hacienda pública. Por lo tanto, aun admitiendo que sea —lo que parece mayoritariamente así— un acto de soberanía, ello no significa sin más “que el Estado deudor pueda sustraerse arbitrariamente al cumplimiento de las obligaciones asumidas..”, pero tampoco que la acción que se le reconozca al acreedor contra el Estado, esté amparada por un fuero privilegiado distinto al que normalmente la ley contempla en caso de reclamaciones contra el Fisco. Ello supone necesariamente agotar el llamado antejuicio administrativo conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y creemos que el procedimiento establecido sólo sería factible de invocar para aquellas operaciones ya varias veces calificadas como de gestión ordinaria de la hacienda pública, en las cuales el ente público contrata con cierta resignación de sus poderes soberanos, o sin necesidad de marginarlos porque se trata de operaciones meramente instrumentales para el cumplimiento de finalidades que muy rara vez cabrían dentro del concepto de interés nacional. Más que empréstitos asumidos en forma pública y en definitiva con acreedores cuyo número, nacionalidad, residencia, etc., son completamente ignorados para la fecha en que se hacen exigibles las obligaciones, trátase de convenios suscritos con personas de derecho internacional público y entidades internacionales, en los cuales las obligaciones son producto de acuerdos en lo que las partes negocian en pie de igualdad, donde la noción de soberanía si acaso se manifiesta en el reconocimiento de la legalidad del ente público deudor para admitirla en todo aquello que signifique limitación al libre poder de contratar en condiciones exorbitantes a dicha legalidad. El arbitraje o la decisión que con respecto a la reclamación administrativa se dicte, no tendrán siempre y necesariamente un mero efecto declarativo ya que en los casos citados estamos en presencia de verdaderos convenios bilaterales donde las obligaciones recíprocas se constituyen mutuamente en causa y procede en consecuencia la excepción de contrato no cumplido, por lo que la decisión jurisdiccional podría en multitud de casos ser fuente de derechos para el querellante y llegar incluso a la obligación de pagar daños y perjuicios. Distintas serían la situación y los alcances de la decisión en el supuesto de empréstitos propiamente dichos: dice la doctrina que al emitirlos el Estado queda jurídicamente vinculado “erga-omnes” en las condiciones establecidas en la ley creadora (ley habilitante) o en el decreto que la puso en práctica; y si en ejercicio de la soberanía puede modificar

aquellas condiciones, está obligado a responder en caso de conducta arbitraria que lesione un derecho individual digno de protección” Pero queda claro que la decisión tendrá un mero efecto declarativo cuando la querrela se refiera al simple incumplimiento de las condiciones estampadas en el bono (amortización, pago de intereses, pago de primas en caso de sorteo). Descartada la idea del contrato se sostiene que “el Estado debe responder, sí, en caso de arbitrario incumplimiento de sus obligaciones, pero en virtud de otras razones. Basta invocar al efecto la doctrina del abuso del derecho, en virtud de la cual el Estado tiene que reparar el perjuicio causado por el ejercicio abusivo del poder, combinada con el principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas de otro...; aparte del principio de la responsabilidad emergente del incumplimiento de obligaciones... aunque fueren unilaterales”. Ello quiere decir que fuera del incumplimiento que tenga su fuente en los poderes inherentes al Estado para modificar unilateralmente el cuadro de condiciones del empréstito, (moratoria, repudio y bancarrota; conversión, consolidación o unificación), poderes que el acreedor acepta cuando adquiere el bono, la responsabilidad por hechos distintos puede ser judicialmente exigida y el tribunal competente tendría pleno derecho a examinar la querrela en la integridad de sus componentes, porque no se trataría de exigir el cumplimiento de un derecho indiscutible —el estampado y reconocido en el bono— sino de si hay lugar a una reparación por incumplimiento imputable a causas nacidas de la voluntad del deudor, lo que es distinto. En este caso como en los anteriores, y para el derecho venezolano al menos, la sentencia no tendría otro efecto que el de poner en manos del reclamante un título contra el Estado a fin de que éste, conforme al privilegio establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, fije los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado.

En resumen podríamos decir: a) que el principio de la inmunidad de jurisdicción impide que el Estado se someta a tribunales extranjeros; b) que en Venezuela pueden ser ventiladas íntegramente ante nuestros tribunales todas las cuestiones que surjan de la ejecución de contratos referentes a operaciones de crédito público distintas del empréstito propiamente dicho; c) que tratándose de esta última figura, la decisión tendrá efecto constitutivo sólo en los casos en que se planteen cuestiones distintas al incumplimiento derivado de causas nacidas de la voluntad del deudor; d) que en cualquier caso la decisión judicial comportará para el reclamante un mero título, cuya satisfacción queda sujeta a los términos que fije el deudor; e) que la posibilidad de que la decisión pueda hacerse efectiva sobre bienes del deudor, se daría de admitirse la competencia de tribunales extranjeros y que el condenado posea bienes en el

territorio del tribunal o en otro que permita o reconozca con iguales efectos la sentencia dictada.

Nota aclaratoria

Publicada la primera parte de este trabajo (Revista Control Fiscal N° 74), fue promulgada la nueva Ley del Banco Central de Venezuela de 30.10.74 (G.O. N° 1711 Ext. de 30.12.74) que elimina el fondo anticíclico y por lo tanto pierde actualidad lo expuesto sobre esa singular fuente de recursos extraordinarios de que gozaba el gobierno. El Fondo de Inversiones de Venezuela, establecido mediante Decreto —Ley N° 151 de 11 de junio de 1974, aunque no de manera directa, podría cumplir, en la hipótesis, alguna de los cometidos del extinto fondo anticíclico.

La Carga de La Prueba en el Derecho Administrativo (*)

Allan R. Brewer Carías

I. INTRODUCCION

1. La prueba en general
2. La carga de la prueba
3. La carga de la prueba en materia administrativa.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Introducción
2. La carga de la prueba en el procedimiento constitutivo.
 - A. Principio general.
 - B. Los tipos de procedimientos constitutivos.
 - a. Procedimientos autorizatorios
 - b. Procedimientos sancionatorios
 - C. Derechos de los interesados.
 - D. La Apreciación de las pruebas.
3. La carga de la prueba en el procedimiento de impugnación.
 - A. El carácter del acto administrativo y la inversión de la carga de la prueba.
 - B. Exigencias de la inversión de la carga de la prueba.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. El carácter del procedimiento contencioso-administrativo.
2. El principio general de la carga de la prueba.

(*) Texto ampliado de la Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia el 17 de octubre de 1975. Para esta publicación se le han agregado las notas correspondientes.

- A. La prueba del cumplimiento de los requisitos procesales.
 - B. La prueba de la lesión alegada.
 - C. La prueba de la ilegalidad alegada.
 - D. La prueba del dominio.
3. La vigencia del principio de la presunción de veracidad del acto administrativo como fundamento de la carga de la prueba.
4. Limitaciones al efecto de la inversión de la carga de la prueba.

IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

1. La prueba en general.

Puede admitirse, sin mayor discusión, que la prueba es una actividad procesal encaminada a demostrar la exactitud o la inexactitud de determinados hechos que han de servir de fundamento para una decisión (1). La noción de prueba normalmente se ha manejado en el campo judicial, pero, por supuesto, también es esencial en materia administrativa. En este campo, la prueba sería la actividad tendiente a demostrar esos hechos, su exactitud o su inexactitud, a los efectos de que la Administración pueda tomar una decisión. Si se trata de un procedimiento contencioso-administrativo, esa actividad de demostrar los hechos se realiza ante el tribunal contencioso-administrativo.

En Venezuela, de acuerdo al régimen dispositivo de nuestro proceso, toda esa actividad o ese conjunto de actividades tendientes a acopiar el material de conocimiento que va a necesitar el juez para decidir, constituye una carga para las partes, en plural; y esa actividad de acopio de material de hechos, de pruebas, que constituye esa carga para las partes, va a condicionar al juez, quien en su decisión no puede referirse a otros hechos distintos que a los acumulados, probados y alegados por las partes (2). De manera que, las partes, en plural, tienen esa carga, primero, de la afirmación de los hechos, y en segundo lugar, de la prueba de esos hechos que han alegado o afirmado. Este es el principio que recoge nuestro Código de Procedimiento Civil: el Juez no puede tomar en

(1) V. J. González Pérez, *El Procedimiento Administrativo*, Madrid 1964, p. 466.

(2) V. H. Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1958, Tomo III, p. 253.

cuenta hechos no alegados y no probados por las partes (3); es a las partes, por tanto, y no al Juez, a quien corresponde la prueba en nuestro proceso ordinario de carácter dispositivo (4). Ciertamente que nuestro sistema procesal admite algunas excepciones al principio dispositivo, particularmente en relación a las relaciones jurídico-privadas indisponibles (estado y capacidad de las personas) (5); pero no hay duda en admitir, que esta es la excepción al principio; el principio es el carácter dispositivo.

Ahora bien, hablar de que es a las partes a quienes corresponden las pruebas en el proceso dispositivo exige también precisar otro elemento: ¿qué es lo que las partes deben probar? . No hay duda que también en el proceso civil venezolano son los hechos los que deben ser probados por partes, no el derecho. El Juez, se presume, conoce el derecho, y el juez no puede estar condicionado por los errores que en el campo jurídico puedan cometer las partes en el proceso (6). De manera que sólo son los hechos los que el Juez debe conocer de acuerdo a las pruebas o al alegato de las partes, y las partes no pueden condicionar al Juez en el campo del derecho.

2. La carga de la prueba.

Pero si bien este principio del proceso dispositivo de que las partes deben afirmar y probar los hechos es admitido, el problema, sin embargo, está en determinar a quién de esas partes corresponde esa carga de probanza. Este es el problema de la carga de la prueba: ¿cuál de los sujetos que actúan en el proceso, en el juicio, es el que está obligado a producir la prueba de los hechos que van a dar origen a la aplicación del derecho por parte del Juez o de quien debe producir la decisión?

Este problema de la carga de la prueba, ciertamente, es propio del procedimiento dispositivo. En el procedimiento inquisi-

- (3) Art. 12 del Código de Procedimiento Civil: “Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán escudriñar en los límites de su oficio, debiendo atenerse a lo alegado y probado en autos, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, y sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados.
- (4) Cfr. J. Guasp. *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 349.
- (5) V. J. Rodríguez Urraca, *Elementos inquisitivos en el Proceso Civil Venezolano*, Valencia, 1966; y del mismo autor, *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo*, Valencia 1968.
- (6) V. J. Rodríguez Urraca, *Elementos inquisitivos en el Proceso Civil Venezolano*, cit, p. 17.

itorio, frente a las pruebas ordenadas de oficio por el Juez, no puede propiamente, hablarse de carga de la prueba (7); y el Juez, aún teniendo ante sí a dos partes, está desvinculado, para la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas (8).

En el procedimiento dispositivo, al contrario, la carga de la prueba es una conducta impuesta a una o a ambas de las partes, para que acrediten la verdad de los hechos alegados por ellas.

Esta carga de la prueba, o sea, a quién corresponde en el procedimiento producir y alegar los hechos, y probarlos, es por tanto, como lo decía COUTURE, una situación embarazosa creada por la Ley de decirle a una parte que sus afirmaciones no van a ser creídas por el juez si él no las prueba (9). De manera que la ley cuestiona la veracidad de las afirmaciones de la parte, hasta tanto esta las pruebe; y mientras ello no ocurra, aquellas afirmaciones no son creídas.

En materia de carga de la prueba, sin embargo, hay una distinción que también se admite en el proceso civil, que debe destacarse porque es esencial para el estudio del problema en el Derecho Administrativo: Es distinta la situación de la carga de la prueba respecto a las obligaciones que la que existe en materia de hechos y actos jurídicos; y precisamente, en el campo del Derecho Administrativo, es este segundo aspecto de la carga de la prueba el que tiene mayor importancia.

En el campo de las obligaciones, el principio general es que el actor prueba los hechos que suponen la existencia de las obligaciones y el demandado debe probar los hechos que suponen la inexistencia de sus obligaciones (10). Pero en el campo de los hechos y actos jurídicos, el principio es que tanto el actor como el demandado deben probar sus respectivas posiciones; aquí la carga de la prueba se reparte entre los litigantes (11), y no hay uno a quien corresponda la totalidad de la carga de la prueba y otro que

(7) Cfr. E. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1958, p. 241.

(8) V. J. Rodríguez Urraca, *Elementos...* cit., pp. 19 y 20.

(9) V. E. Couture, *op. cit.*, p. 242.

(10) Art. 1354 del CC: "Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberto de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación".

(11) Cfr. E. Couture, *op. cit.*, p. 243.

este exonerado de carga. O sea, hay una repartición, y los hechos alegados por cualquiera de las partes y no probados por ellas se tienen, para quien decide, cómo no existentes. Conforme a esto, cada parte soporta la carga de probar los datos y los hechos que constituyen el supuesto de hecho a los efectos de la aplicación de las normas que le son favorables; es decir, cada una de las partes, tiene la carga de la prueba de los hechos que le interesan (12).

2. La carga de la prueba en materia administrativa.

Si se trasladan estos principios básicos de la carga de la prueba al campo administrativo, nos encontramos que hay una serie de peculiaridades que condicionan su aplicación. Por una parte, debemos distinguir dos tipos de procedimientos en el campo de Derecho Administrativo: En primer lugar, el procedimiento administrativo o gubernativo que es el que se desarrolla ante las autoridades administrativas; y por otra parte, el procedimiento contencioso-administrativo, que es un procedimiento de carácter jurisdiccional. En estos dos procedimientos hay una serie de elementos extraños al proceso civil, que van a condicionar la carga de la prueba y la prueba misma en materia administrativa. Por una parte, la intervención de la propia Administración Pública en el procedimiento administrativo: inclusive, muchas veces la Administración es parte en el procedimiento pero a la vez, es juez en el mismo. Es decir, la Administración es juez y parte; la Administración participa en una relación jurídica pero va a resolver, en vía administrativa, los conflictos que surjan de esa relación. Este dato modifica el problema de la carga de la prueba. Aquí hay, de principio, una desigualdad: la Administración, como juez y parte en el proceso gubernativo, está en una situación de superioridad regida por principios exorbitantes del derecho común, en relación a los particulares. Por otra parte, hay otro dato de gran importancia en el Derecho Administrativo que condiciona el problema de la prueba: la presunción de legitimidad y de legalidad de los actos administrativos. Un acto administrativo, al dictarse, goza de esta presunción de legitimidad lo que implica que quien pretenda impugnar ese acto debe probar sus alegaciones. Por tanto, en virtud del sólo principio de la veracidad y legitimidad del acto administrativo, existe un condicionamiento a los efectos de la carga de la prueba.

Por otra parte, como se verá, en el procedimiento contencioso administrativo de anulación, la discusión generalmente es sobre puntos de derecho por lo que también el derecho es objeto de promesa.

Por último, hay otro elemento que influye en el problema y es la presencia de elementos inquisitorios en el procedimiento ad-

(12) V. J. Guasp. *op. cit.*, pp. 350 y 351.

ministrativo y en el procedimiento contencioso-administrativo. La Corte Suprema de Justicia ha admitido, por ejemplo, como se verá, en materia de procedimientos administrativos gubernativos que en las decisiones de la Administración, ésta no sólo debe atenerse a lo alegado y probado por las partes, sino que puede decidir en base a sus propias convicciones (13); y en el campo del procedimiento contencioso-administrativo, es la propia Ley Orgánica de la Corte la que autoriza al juez para, inclusive, promover pruebas (14). De manera que estos elementos inquisitivos del procedimiento, tanto en el procedimiento administrativo como el contencioso-administrativo, van a condicionar también toda la problemática de la carga de la prueba en el Derecho Administrativo.

El problema de la carga de la prueba, sin embargo, tiene características distintas según que se trate de un procedimiento administrativo-gubernativo o de un procedimiento contencioso-administrativo. Por tanto, dividiremos este estudio de la carga de la prueba en el derecho administrativo en dos partes para estudiar, en primer lugar, la carga de la prueba en el procedimiento administrativo o gubernativo y en segundo lugar, el mismo problema en el procedimiento contencioso-administrativo, particularmente el procedimiento contencioso-administrativo de anulación que vendría a ser el más característico en materia administrativa.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Introducción.

En cuanto a la carga de la prueba en el procedimiento administrativo o gubernativo, no hay duda de que el comportamiento de la Administración Pública en este procedimiento no es uniforme. En unos casos, como se dijo, la Administración Pública aparece como parte en una relación jurídica, pero además, es ella quien decide los problemas que surgen de esa relación jurídica. Por ejemplo, cuando la Administración impone una sanción a un particular, se establece una relación jurídica de Derecho Administrativo con motivo de esta sanción entre la Administración y el sancionado; sin embargo, los problemas derivados de esa sanción, y particularmente las impugnaciones del particular, deben ser resueltas primero en vía administrativa, de manera que es la propia Administración, la que además de ser parte en la relación jurídico-administrativa, va a decidir el conflicto que se plantee.

(13) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 15-1-74 en Gaceta Oficial No. 1649 Extr. de 29-4-74.

(14) Art. 28 de la Ley Orgánica de la Corte Federal.

En otros casos, la Administración Pública, como tercero en una relación jurídica, decide un conflicto entre partes. Se habla del ejercicio de la función jurisdiccional por la Administración Pública (15), cuando la Administración decide conflictos entre particulares, por ejemplo, con motivo del registro de una marca de fábrica o de una reclamación de reintegro. Por otra parte, hay dos fases del procedimiento donde también la carga de la prueba tiene características peculiares. Se distingue en el procedimiento administrativo, por una parte, un procedimiento constitutivo del acto administrativo; y por la otra, un procedimiento de impugnación del acto administrativo. Estas dos fases, una previa a la existencia del acto y, por tanto, previa al surgimiento de la presunción de legitimidad de un acto administrativo, que sería el procedimiento constitutivo del acto; y una segunda fase, el procedimiento de impugnación del acto administrativo en vía administrativa, que surgiría después que el acto administrativo se ha dictado, condicionan la carga de la prueba, pues el problema se plantea en forma distinta en una u otra fase.

2. La carga de la prueba en el procedimiento constitutivo.

A. Principio General

En el procedimiento constitutivo del acto administrativo, cuando el acto administrativo está en el proceso de su formación, no hay duda en considerar que, ante todo, ese procedimiento, es un procedimiento de la Administración Pública. Si hay algo que caracteriza al procedimiento administrativo constitutivo de un acto, es que ese procedimiento constituye una actuación de la Administración Pública, por lo que, como principio general podría admitirse que la carga de la prueba reposa casi exclusivamente en la Administración Pública (16).

B. Los tipos de procedimientos constitutivos.

Sin embargo, la afirmación anterior también tiene sus matices según que el procedimiento sea un procedimiento autorizatorio o un procedimiento sancionatorio.

a. Procedimientos autorizatorios.

Si el procedimiento es un procedimiento que tiende a producir un acto de autorización, que generalmente se inicia con una

(15) V. Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas 1975, pp. 380 y ss.

(16) V. Agustín Gordillo, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, 2a. edición, Buenos Aires, 1971, p. 332.

solicitud de una parte a los efectos de obtener una decisión administrativa, por supuesto, aquí, la solicitud y todo el procedimiento que sigue a la solicitud, hace que sea el particular interesado que va a obtener aquel acto de autorización, quien deba tener la carga de la prueba. Por tanto, el principio genérico de que el procedimiento administrativo es una actuación de la Administración y que la carga de la prueba corresponde a ella, se cambia según que ese procedimiento sea autorizativo o sancionatorio. En el caso de procedimientos autorizativos, siendo el interesado quien inicia el procedimiento, siendo el interesado quien va a obtener una decisión de la Administración en concordancia con el derecho que pretende, no hay duda de que la carga de la prueba corresponde al solicitante: los hechos que son presupuestos del derecho que quiere obtener el particular, deben ser probados por este.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en 1966 sentó el criterio de que el solicitante, en los casos de procedimientos autorizativos, debe comprobar los hechos que van a producir su derecho conforme al acto que se pretende de la Administración Pública. La sentencia de la Corte se refirió, particularmente, a una solicitud de concesión para explotaciones forestales; la Ley Forestal exige que se compruebe la propiedad del inmueble donde se va a hacer la explotación forestal cuando se trata de explotaciones en bienes de propiedad privada, por lo que en la decisión se concluyó que al no haberse comprobado por el solicitante su situación de propietario, el acto denegatorio de la solicitud estaba ajustado a derecho (17). En dicha decisión, la Corte dió por supuesto la carga de la prueba a cargo del solicitante, lo cual es válido en general, en todo tipo de procedimientos autorizativos.

b. Procedimientos sancionatorios.

El problema se plantea distinto, por supuesto, en los procedimientos constitutivos de actos administrativos de carácter sancionatorio. Aquí, la carga de la prueba corresponde, íntegramente, a la Administración Pública. Es la iniciativa de la Administración la que produce el establecimiento de una sanción, y es la Administración quien debe probar las situaciones de hecho que pueden provocar la aplicación de esa sanción. La Administración, en este sentido, tiene que realizar todos los actos necesarios para lograr la precisa determinación de la circunstancia a los efectos de aplicar los supuestos de derecho que consagra la sanción en parti-

(17) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 3-8-66, en Gaceta Forense, No. 53, pp. 60 a 62.

cular (18). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es reiterada en considerar que en estos casos de procedimientos sancionatorios, la carga de la prueba corresponde a la Administración Pública, y así lo ha admitido en todos aquellos casos en que ha decidido en materia de sanciones y multas.

En una sentencia de 1963, con motivo de la impugnación de un acto administrativo de revocación de la nacionalidad venezolana derivada (naturalización), la Corte sostuvo lo siguiente:

“Al no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente, la Resolución Ministerial, resulta manifiestamente infundada, y debe, en consecuencia revocarse. A juicio de la Sala, no es posible atribuir mérito probatorio, a la nota que figura al folio 2 del expediente administrativo, con el membrete de la Dirección de Extranjeros y que aparentemente se ha tenido como fundamento para el empleo de la norma legal aplicada en la Resolución, pues dicha nota no hace legalmente fé respecto de los supuestos de hecho de la norma que se aplica. En efecto, en ella se dice que la nombrada ciudadana “continúa en actividades que van contra la moral y buenas costumbres y ha burlado la buena fé del Despacho”; más no existe en el expediente administrativo ningún elemento que acredite los hechos a que se contrae la referida nota, como sucedidos con posterioridad a la fecha en que le fué otorgada la nacionalidad”.

“Conforme a estas consideraciones, la Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, por haberse fundado en hechos no comprobados y porque al dictarla, la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal, cuyo texto resulta así claramente quebrantado” (19).

Conforme a esta decisión resulta evidente, entonces, el criterio de la carga de la prueba en manos de la Administración en los procedimientos sancionatorios; y más que una carga, el criterio de la obligación que tiene la Administración de probar los hechos antes de imponer la sanción.

Por otra parte, en otra decisión de 1964, la Corte Suprema, al decidir la impugnación de una sanción impuesta a un concesio-

(18) En este sentido, por ejemplo, en el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1971 se estableció lo siguiente: “Art. 57: La Administración, de oficio o a instancia del interesado, llevará a cabo todos los actos necesarios para lograr la determinación precisa de las circunstancias en atención a las cuales deberá decidir”. V. en CAP., Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, Tomo II, Caracas 1972, p. 515.

(19) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 22 5 63 en Gaceta Forense, No. 40, pp. 236 y 237.

nario de hidrocarburos, señaló que mientras el Acta Fiscal en que se fundamentó la decisión y que originó la multa, no se desvirtuara, la multa era legal, y por otra parte, señalaba que si en el Acta Fiscal no se comprobaban los hechos o si no existía el Acta Fiscal, el acto debía considerarse ilegal. Decía la Corte en esa sentencia lo siguiente:

“El acta mencionada contendrá la constancia de la falta con todas sus consecuencias a los fines de la imposición de la sanción a que haya lugar, motivo por el cual los hechos y manifestaciones que ella contenga recogen la prueba misma en que se ha de fundar la Resolución” (20).

En esta forma, se estima que en este tipo de procedimientos, el Acta Fiscal es la prueba para el establecimiento de la sanción por lo que inclusive, la Corte agregaba en esa sentencia, que la falta del Acta acarreaba “la nulidad de la Resolución, por falta de un requisito indispensable para su validez” (21). Requisito indispensable del acto administrativo, era la prueba de los hechos, que sólo podían establecerse por el Acta y además, agregaba, la Corte que “no podían suplirse con ningún otro elemento” (22). En esta forma, esa prueba inicial, a través de un Acta Fiscal, en un procedimiento sancionatorio, se ha considerado por la Corte Suprema, como esencial para la validez del acto, y por supuesto, en este tipo de procedimientos, es a la Administración a quien corresponde la carga de la prueba de los hechos, a los efectos de la aplicación de la multa o del acto sancionatorio.

C. Derechos de los interesados.

Pero por supuesto, esta actitud de la Administración de actor en el procedimiento, probando y estableciendo pruebas, no puede ni debe menoscabar los derechos de los particulares interesados en el procedimiento administrativo. Toda una serie de principios se han venido estableciendo y admitiendo, a los efectos de asegurar los derechos de los particulares en el procedimiento administrativo (23), frente a este poder y obligación probatoria de la Administración de tener que determinar esos hechos a los efectos

(20) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 6-8-64 en *Gaceta Forense* No. 45, pp. 161 y 162.

(21) *Idem.*

(22) *Ibidem.*

(23) V. en General, B. Wennergren, *La protection des citoyens dans les procedures administratives*, Ponencia general al XIV Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Dublin 1968.

de aplicar determinada sanción. Entre ellos, debe destacarse el derecho a ser oído, (*audi alteram partem*), admitido por la Corte Suprema de Justicia como principio general del Derecho (24) en el procedimiento administrativo. Este derecho, implica otros: el derecho a ser notificado a los efectos de poder alegar las defensas frente al procedimiento sancionatorio que se inicia; el derecho a obtener copias de las actuaciones (25); el derecho a presentar alegatos y escritos; el derecho a aportar pruebas; en fin, el derecho a examinar el expediente, principio que adquiere una gran importancia en el Derecho venezolano, ya que, el principio que rige es que los archivos oficiales son, por lo general, reservados en Venezuela.

En efecto, el Estatuto Orgánico de Ministerios establece el principio general de la reserva de los archivos (26), por lo que, en principio, las partes interesadas no tienen libre acceso al expediente. En esta forma, podría resultar una situación de desmejora del particular frente a la Administración, si ésta tiene que comprobar los hechos, y el particular no tiene acceso a las actas que van a originar el acto administrativo, a los efectos de poder alegar sus defensas en el momento en que sea llamado a ser oído. Por ello, se han venido consagrando los mencionados principios de protección a los interesados en el procedimiento administrativo, lo que condujo, inclusive, que se reconociera expresamente en el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, el derecho de los interesados, primero, a conocer el estado en que se encuentra la tramitación del expediente administrativo que se ha levantado, o que se levanta contra él; y en segundo lugar, el derecho a dirigir a la Administración las comunicaciones que estimen pertinentes a los efectos de lograr la defensa de sus derechos e intereses (27).

Recientemente, en el procedimiento de las averiguaciones administrativas que se realizan en la Contraloría General de la República, el nuevo Reglamento General de la Ley Orgánica de la Contraloría ha mitigado ese carácter reservado de los archivos, que

(24) V. La sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 18-2-44 en Memoria 1945, pp. 175 y 176; y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 7-8-68, en Gaceta Forense No. 61, pp. 92 a 95; de 12-12-74, en Gaceta Oficial No. 1718 Extr. de 20-1-75, p. 28; y de 19-12-74, en Gaceta Oficial No. 30671 de 17-4-75, pág. 230.391.

(25) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, de 18-2-70 en Gaceta Oficial No. 29193, de 17-4-70, pp. 218.057 y ss.

(26) El art. 31 del Estatuto establece lo siguiente: "Los Archivos de los Ministerios son por su naturaleza reservados para el servicio oficial. El Reglamento de cada Ministerio determinará los funcionarios de su dependencia que tienen acceso al archivo.

(27) Art. 58, loc. cit.,

antes provocaba que un funcionario público que era investigado por la Contraloría, materialmente se enteraba de que tenía un auto de culpabilidad en su contra, y que implicaba hasta su destitución, cuando se dictaba el auto. Se ha regulado ahora, inclusive, que si bien las averiguaciones son reservadas, esto es cierto, salvo para el indiciado desde que se le haya informado de los cargos (28). Por tanto, se ha previsto en el procedimiento administrativo que la Administración Contralora, antes de decidir el procedimiento, debe llamar al particular y notificarle formalmente de que hay un expediente en su contra y que tiene tales elementos, a los efectos de que éste pueda alegar hechos y derechos en su descargo. Se establece también en ese procedimiento el principio de que el investigado puede presentarse en cualquier momento a declarar, cuando así lo considere conveniente; a aportar los documentos que estime pertinentes, y por tanto, a aportar pruebas al expediente que deben ser apreciadas, y se establece la obligatoriedad de que se aprecien esas pruebas por la Administración (29).

D. La Apreciación de las pruebas

Aquí nos surge otro punto de interés en materia probatoria en el procedimiento constitutivo del acto. La Administración Pública en aquellos casos de procedimientos autorizatorios o sancionatorios, está obligada siempre a apreciar las pruebas aportadas por las partes, en el sentido de que no puede dejar de hacerlo; pero ello no significa que no pueda buscar elementos distintos, de su propia convicción, que no hayan aportado las partes. La Administración Pública, en los procedimientos administrativos, puede tener otros elementos de convicción y no sólo los alegados y probados por las partes. De manera que, podríamos decir que en el procedimiento administrativo gubernativo de formación del acto administrativo, es decir, en el procedimiento constitutivo del acto administrativo, hay también elementos inquisitorios.

La Corte Suprema de Justicia en una sentencia reciente de enero de 1974, ha admitido expresamente que la Administración puede tener otros elementos de convicción distintos a aquellos alegados por las partes. En dicha decisión, relativa a un procedimiento de registro de una marca de fábrica, procedimiento que se tramita ante el Registrador de la Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento, la Corte destacó que si bien es verdad que de acuerdo a los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil es a las partes a quien corresponde impulsar el procedimiento, así

(28) Art. 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

(29) Art. 43 de la Ley Orgánica.

como alegar y probar lo que estimen conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, en el procedimiento administrativo las normas son diferentes. La Corte, en efecto, señaló lo siguiente:

“Los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil disciplinan el quehacer de los tribunales como órganos en lo contencioso de la administración de justicia, partiendo del principio según el cual, en el proceso civil, es a las partes a quien corresponde impulsar el procedimiento, así como alegar y probar lo que estimen conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones. El juez debe limitarse a sustanciar y decidir el proceso de acuerdo con la Ley y con lo alegado y probado en autos”.

“La actuación de la autoridad administrativa en el procedimiento que regula el registro de una marca de comercio está regida por principios diferentes pues el Registrador de la Propiedad Industrial no es un juez ni sus decisiones son actos jurisdiccionales. Cuando dicho funcionario acuerda o niega el registro de una marca de comercio ejerce una función eminentemente administrativa, y aún en el caso de oposición fundada en causales... (art. 33, 34 y 35), no decide un conflicto entre litigantes que sostienen derechos opuestos. Por tal motivo, el Registrador está obligado a acceder o no a la solicitud de registro, independientemente de que haya habido o no oposición en el curso del procedimiento y puede fundar su decisión en razones de hecho o de derecho diferentes a las invocadas por los interesados en el curso del procedimiento”.

“Si estos han producido pruebas, las apreciará, o desechará al decidir sobre la procedencia del Registro, teniendo por norte de sus actos más que la verdad procesal.....”

“El artículo 80 de la Ley de Propiedad Industrial no constituye, por lo tanto, una limitación a la potestad que tiene la autoridad administrativa de fundar su decisión en causales o hechos diferentes a la que haya invocado el opositor para solicitar que se niegue el registro de la marca” (30).

Conforme a esto, la autoridad administrativa puede, entonces, en un procedimiento administrativo constitutivo, “fundar su decisión en razones de hecho o de derecho diferentes a las invocadas por los interesados en el curso del procedimiento”. Esto, sin duda, es el reconocimiento, como principio, por la Corte Suprema de Justicia de que hay un elemento de importancia de carácter inquisitivo en el procedimiento administrativo constitutivo del acto administrativo.

(30) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 15-1-74 en Gaceta Oficial, No. 1649 Extr- de 29-4-74.

3. La carga de la prueba en el procedimiento de impugnación.

En el campo del procedimiento de impugnación del acto administrativo la problemática de la carga de la prueba varía sustancialmente, y hay un dato fundamental que produce esta variación: el hecho de que ya se ha dictado un acto administrativo. De manera que, para impugnar ese acto administrativo el particular interesado tiene que, ante todo, alzarse contra el acto y contra la legitimidad, la legalidad y la veracidad del mismo, y son esos elementos los que él debe cuestionar.

A. El carácter del acto administrativo y la inversión de la carga de la prueba.

Esta presunción de legalidad, de veracidad y de legitimidad como característica del acto administrativo (31), provoca, ante todo, en el procedimiento de impugnación de un acto administrativo en vía administrativa, la inversión de la carga de la prueba. Aquí la carga se atribuye, no a quien afirma el hecho, que ha sido la Administración con su decisión, pues lo ha afirmado con presunción de legitimidad; sino a quien niega su existencia. La presunción de legitimidad, veracidad y legalidad por supuesto, es de carácter *iuris tantum*, que puede ser cuestionada, y precisamente, para plantear ese cuestionamiento es que se establece el procedimiento de impugnación, tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa.

Pero la presunción de legitimidad del acto administrativo, y esto es quizás uno de los elementos fundamentales de esta noción, que implica la posibilidad para la Administración de, una vez dictado un auto, ejecutarlo por su carácter de título ejecutivo, de su ejecutividad, y de hacerlo ejecutar aún por la fuerza pública, si es necesario, por el principio de la ejecutoriedad; no puede implicar la facultad de la Administración de prescindir de la prueba de los hechos en que se funda la decisión (32). El hecho de que un acto administrativo cuando se dicta, tenga esta presunción de legitimidad, no podría implicar que la Administración esté exenta de probar los hechos y que, simplemente, pueda dictar un acto en forma arbitraria sin necesidad de probar los hechos que dan origen a ese acto. Sin embargo, una vez dictado el acto, la carga de la prueba se invierte, y es el particular que va a cuestionar el acto,

(31) V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 131.

(32) Cfr. Agustín Gordillo, *op. cit.*, p. 330 _quien cita a G. Tréves, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padua, 1936, pp. 84 a 161.

quien debe probar que ese acto es ilegal, es decir, quien tiene que desvirtuar —ha dicho la Corte Suprema de Justicia—, todas aquellas razones en las cuales se fundó la Administración para decidir.

En efecto, al proclamar por primera vez el principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, en una sentencia de 1943, la antigua Corte Federal señaló que:

“deben invocarse razones precisas, definidas, categóricas emanadas de la Ley suficientes para desvirtuar aquellas en que se fundó el Ejecutivo y revocar su Resolución, pues así como se presume acierto en este al aplicar la Ley e interpretar los principios que rigen la materia, cuando no concede una Marca; cabe igual presunción de acierto, de que se ha mantenido dentro de lo permitido y de lo prohibido por el Legislador, cuando ha accedido a la solicitud de registro...” (33).

Esta presunción de legalidad, veracidad y legitimidad, es la que debe ser cuestionada en el procedimiento de impugnación, y la prueba que la desvirtúe corresponde al impugnante. Tal como la misma Corte Suprema lo ha dicho expresamente.

“la presunción de veracidad que ampara el contenido de las Actas Fiscales conserva toda su eficacia probatoria cuando no sea desvirtuada por el recurrente en las oportunidades y por los medios que le da la ley” (34).

O sea, que la presunción de legitimidad otorga al acto administrativo fuerza probatoria, e invierte la carga de la prueba: es el particular interesado en impugnar el acto quien debe probar los hechos que va a alegar contra ese acto administrativo, lo cual, como señalaba, no implica que la Administración pueda dictar actos arbitrarios sin probar los hechos que dan origen al acto. Por ello, el particular interesado no sólo puede controlar la legalidad de un acto administrativo, sino que, sin duda, puede también controlar los presupuestos de hecho. Por ello se han planteado una serie de exigencias consecuenciales de la señalada inversión de la carga de la prueba.

B. Exigencias de la inversión de la carga de la prueba.

En efecto, puede decirse que el Derecho Administrativo ha construido todo un principio a los efectos de amparar al particular

(33) V. Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 29-10-43 en Memoria 1944, p. 315.

(34) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 2-8-73 en Gaceta Oficial, No. 1618 Extr, de 16-10-73.

frente a los posibles abusos de esa inversión de la carga de la prueba, y que se resume en la exigencia de la motivación del acto administrativo. Por ello, la Administración, cuando toma una decisión, debe indicar formalmente, en el acto, los presupuestos de hecho y de derecho que dan origen al mismo (35). Es decir, se invierte la carga de la prueba cuando el acto administrativo se dicta, por su presunción de legitimidad, pero la Administración, cuando dicta el acto, debe formalmente expresar los motivos del mismo, es decir, los presupuestos de hecho y de derecho que provocaron la emisión de ese acto administrativo.

Las excepciones a la motivación se han venido también precisando por la jurisprudencia, y no hay duda de que en aquellos casos en que la ley expresamente excluye la motivación, no habrá necesidad de expresar los hechos que originan la decisión, y por tanto, será materialmente imposible cuestionar los hechos. En estos casos, lo único que podría cuestionarse es el derecho, es decir, que el acto administrativo, por ejemplo, se haya dictado por una autoridad incompetente. En todo caso, dentro de los límites al poder discrecional de la Administración está precisamente la exigencia de la motivación del acto discrecional, a los efectos de que puedan ser controlados los hechos y los motivos, es decir, que puedan desvirtuarse los hechos pretendidamente probados por la Administración y que dieron origen al acto administrativo (36).

En conclusión podemos admitir que si bien en el procedimiento administrativo de impugnación, la presunción de legitimidad hace que el acto administrativo se tenga como veraz, como legítimo, como legal, y que la carga de la prueba se invierte a los efectos de que el particular tenga que desvirtuar la presunción de legitimidad del acto; ello no exonera a la Administración de su obligación de probar los hechos que han motivado el acto. Todos los correctivos señalados de la motivación del acto y de los límites al poder discrecional, son correctivos tendientes a exigir que la Administración, en todo caso, pruebe su acto administrativo antes de que sea dictado y que, además, exprese las pruebas y los motivos en el texto del acto como requisito formal.

(35) V. Allan R. Brewer-Carías, "La motivación de los actos administrativos en la jurisprudencia venezolana" en *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.*, No. 33, Caracas, 1966-1967, pp. 199 y ss; y "Consideraciones sobre la distinción entre la causa de los actos administrativos y la motivación como requisito de forma de los mismos", en *Revista de la Facultad de Derecho, U.C.V.* No. 49, Caracas, 1971 pp. 233 y ss.

(36) V. Allan R. Brewer-Carías, "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, No. 2, Caracas 1966, pp. 9 y ss.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. El carácter del procedimiento contencioso-administrativo.

En el procedimiento contencioso-administrativo, el problema de la carga de la prueba también se plantea con características peculiares. Aquí también estamos en presencia de un procedimiento con elementos inquisitivos: el juez tiene, en muchos casos, la dirección del procedimiento; al juez corresponde, en muchos casos, la búsqueda de la prueba; el juez tiene, por ejemplo, iniciativas propias, una vez introducido un recurso contencioso-administrativo de anulación: el juez es quien va a pedir el expediente administrativo, es quien va a notificar al Procurador o va a emplazar a las partes sin que sea indispensable la iniciativa de las partes para estas formalidades. Por otra parte, la Ley Orgánica de la Corte Federal autoriza expresamente a la Corte para “solicitar y hacer evacuar las informaciones y pruebas que considere pertinentes”, (37), lo que confirma la existencia de elementos inquisitorios al procedimiento que, por supuesto, cambian el principio general dispositivo del proceso venezolano. Pero, la misma Corte Suprema, en varias decisiones se ha encargado de ir delineando cuál es el carácter o el régimen de la prueba en el campo contencioso administrativo.

En una sentencia de 1954, la antigua Corte Federal señaló que:

“Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, nada autoriza, a falta de reglamentación expresa y especial de la prueba en el Derecho Administrativo, a probar los hechos y actos que se discuten ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por normas distintas a las establecidas en el Derecho Privado, que viene así a ser la Ley común” (33).

La remisión a la legislación procesal ordinaria, en el contexto de la decisión, abarca por supuesto a los medios probatorios: sólo pueden producirse los autorizados por la Ley común: la Ley procesal civil, y el Código Civil.

Pero en materia contencioso-administrativo, además del carácter dispositivo del procedimiento, conforme a lo señalado por la jurisprudencia, la propia Ley Orgánica de la Corte Federal esta-

(37) Art. 28.

(38) V. Sentencia del 12 11 54, en Gaceta Forense, No 6, pp. 201 a 204.

blece, como se dijo, elementos inquisitorios. Frente a esto, sin embargo, la propia Corte Suprema ha establecido un matiz distinto.

En efecto, en una Sentencia de 1972, la Corte ha señalado lo siguiente:

“No hay que olvidar que es la autoridad administrativa a quien corresponde la defensa de los intereses fiscales, y es ella quien responde ante el Fisco Nacional por su propia negligencia”.

“Por su parte, el órgano jurisdiccional es el llamado a decidir la controversia surgida entre el contribuyente y la Administración, con absoluta objetividad para que ambas partes se sientan igualmente protegidas. Por este motivo, el Juez no puede sacar elementos de convicción fuera de los autos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados por la representación fiscal..... A juicio de la Corte, el Tribunal sentenciador decidió el presente caso con arreglo a acciones que no han sido deducidas en el proceso y a defensas y excepciones que no han sido opuestas por ninguna de las partes...” (39).

Esta decisión, tal como se deduce de lo transcrito, fué dictada revocándose una decisión del Tribunal del Impuesto sobre la Renta que, según la Corte, había decidido el caso con arreglo a acciones que no habían sido deducidas en el proceso y a defensas o excepciones que no fueron opuestas por ninguna de las partes; o sea, el Tribunal del Impuesto sobre la Renta había desarrollado su poder inquisitivo, había apreciado hechos no probados por las partes, y, sin embargo, la Corte revocó la decisión del Tribunal inferior señalándole que en el procedimiento contencioso-administrativo, el principio que rige es el principio dispositivo, y que no puede un juez contencioso-administrativo entrar a apreciar hechos distintos a los alegados por las partes. Esta, indudablemente, es una decisión que contraría un poco esa misma autorización legal de la Ley Orgánica de la Corte Federal que autoriza a la Corte a promover y evacuar pruebas. Aquí, podríamos preguntarnos, ¿dónde queda el principio de la verdad real que debe privar en el procedimiento contencioso-administrativo frente a la verdad formal? Frente a un acto administrativo ilegal ¿Qué busca el procedimiento contencioso-administrativo si no es el restablecimiento de la legalidad? ¿O es simplemente satisfacer las pretensiones de una parte individual sin que entre en juego el interés general? . En estos casos, sin duda, surge el conflicto entre la legalidad o la verdad real, y la verdad o legalidad formal, la que, por un problema de

(39) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 11-7-72 en Gaceta Oficial No. 1540 Extr. de 29-8-72, p. 47.

procedimiento, podría quedar con vigencia superior la legalidad real. Ahora el problema del carácter inquisitivo del procedimiento contencioso-administrativo (14) es un problema no resuelto definitivamente por la jurisprudencia. Hay algunas leyes, como la señalada Ley Orgánica de la Corte Federal que establecen expresamente el principio inquisitivo; otros cuerpos normativos también lo establecen; por ejemplo, en el campo del procedimiento de inquilinato, el Tribunal de Inquilinato está autorizado y obligado para dictar autos para mejor proveer con vistas a determinar el valor de los inmuebles en los casos de cuestionamiento de los avalúos con motivo de regulaciones de alquileres (41). En este caso, en el procedimiento, materialmente, no se abre lapso de prueba, sino que es el Juez quien va a suplir la prueba de cuestionamiento del avalúo, al establecer, a través de Fiscales propios del tribunal, cuál es el valor del inmueble. Aquí, sin duda, hay también un elemento, de carácter inquisitivo en el procedimiento.

2. El principio general de la carga de la prueba.

Ahora, en el campo del procedimiento contencioso-administrativo, el problema de la carga de la prueba debe resolverse frente a estos dos elementos, por una parte, el elemento inquisitivo que comienza a consagrarse en algunas normas, y por la otra parte, la declaración formal de la Corte Suprema de que lo que debe regir es el principio dispositivo. El principio general de la carga de la prueba en el contencioso, no hay duda, es que el recurrente, es decir, el interesado que impugna el acto, es quien debe probar lo que alega, y además de lo que alega, debe probar otra serie de elementos de admisibilidad del recurso. Veamos algunos de estos supuestos.

A. La prueba del cumplimiento de los requisitos procesales.

El recurrente, ante todo, debe probar el cumplimiento de los requisitos procesales del recurso contencioso-administrativo. En el caso del recurso contencioso-administrativo de anulación, debe probar su interés para recurrir; que el lapso de impugnación no

(40) V. Allan R. Brewer-Carías, *Las Instituciones...* cit., p. 343.

(41) El Reglamento de la Ley de Regulación de Alquileres y del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Vivienda dictado por Decreto No. 882 de 26-1-72 (GO. No. 29727 de 5-2-72) establece en su artículo 79 lo siguiente:

“Presentadas las conclusiones de los interesados, el Tribunal podrá dictar, auto para mejor proveer y fijará, en cada caso, el término para evacuar las diligencias acordadas. En caso de apelación de una regulación de alquileres el auto para mejor proveer se dictará en todo caso, ordenando revisar el avalúo”.

está vencido; que se ha agotado la vía administrativa; que se ha afianzado o pagado, en su caso, el objeto del recurso; e inclusive, la propia existencia del acto recurrido (42). En efecto, la Corte Suprema, en una sentencia de 1966, por el hecho de que el recurrente no acompañó a su recurso el texto del acto recurrido, se le tuvo de “darle el curso legal (al procedimiento) por cuanto sin el texto del acto impugnado, que es el documento fundamental de la demanda, no es posible pronunciarse sobre la admisión de la acción propuesta”, (43). Por ello, el recurrente debe probar y aportar la propia existencia del acto impugnado, sea aportando el número de la Gaceta Oficial o un ejemplar de ella si está publicado; sea aportando o acompañando una copia del acto a su recurso.

Además, como se dijo, debe probar los otros elementos de admisibilidad del recurso: si se trata del agotamiento de la vía administrativa, es el particular recurrente quien debe probar que se ha agotado la vía administrativa, para lo cual debe acompañar la decisión del superior jerárquico; si se trata de la aplicación del principio *solve et repete*, es el particular quien debe comprobar que ha afianzado o que ha pagado el impuesto o multa, en su caso; y por último, antes de que el recurso sea admitido, es el recurrente quien debe probar su interés legítimo, personal y directo, es decir, su legitimación.

Este primer aspecto de la carga de la prueba de los requisitos procesales o de admisibilidad del recurso, tiene ahora una enorme importancia, pues la Corte Suprema ha decidido recientemente, y en forma definitiva, que los mismos deben apreciarse al admitirse el recurso (44). Anteriormente, en general, la Corte no admitía formalmente el recurso ni lo rechazaba formalmente *in limine litis*, cuando dichos requisitos no se cumplían, sino que esperaba la decisión del fondo. Esto implicaba que después de todo el proceso, muchas veces concluía diciendo que no había interés legítimo; o que el acto no era un acto recurrible; o que estaban vencidos los lapsos de caducidad. Ahora la Corte ya ha sentado, como criterio definitivo, el hecho de que introducido un recurso contencioso-administrativo, ella puede decidir, como decisión de

(42) V. la enumeración de los requisitos procesales del recurso contencioso-administrativo en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 11-8-71, en *Gaceta Oficial*, No. 1484 Extr. del 4-10-71, p.29

(43) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 26-1-66 en *Gaceta Forense*, No. 51, p. 102.

(44) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 21-11-74, en *Gaceta Oficial* No. 30594 del 10-1-75 pp. 229.719 a 229.722.

admisibilidad, sobre los elementos o las condiciones de recurribilidad del acto, los cuales, por supuesto, son los primeros que el particular debe probar, siendo esta su primera carga probatoria.

B. La prueba de la lesión alegada.

El recurso contencioso-administrativo de anulación se fundamenta en la lesión de un derecho o de un interés personal, legítimo y directo del recurrente. Por ello, entre los elementos cuya prueba compete al recurrente está el de la lesión alegada: si alega un interés legítimo lesionado, por supuesto, el particular es quien debe probar cuál ha sido la lesión de su interés; no basta, por tanto tener interés para recurrir, sino que es necesario probar que ha habido una lesión de ese interés en juego.

En un caso de carácter urbanístico que se ventiló en los años sesenta, la Corte sentó claramente este elemento de la carga de la prueba. En dicho caso, se trataba de un recurso de anulación contra un acto administrativo mediante el cual se concedió un permiso de construcción a un centro comercial en una determinada zona que en su origen, no admitía ese tipo de zonificación. Un particular que tenía su residencia en frente del Centro Comercial, impugnó el acto ante la Corte alegando que había una lesión, pero la Corte señaló, que no bastaba probar la residencia del recurrente, porque el sólo hecho de vivir al frente del Centro Comercial, no era prueba de la lesión del interés legítimo, personal y directo que alegaba, sino que era necesario, además, haber probado la lesión que su derecho o su interés sufrió.

La Corte, en concreto, señaló al apreciar la prueba de la residencia del recurrente, lo siguiente: “Tal elemento probatorio, además de ser inapreciable por impertinente, ya que no corresponde a ningún alegato del libelo, resultaría en todo caso insuficiente para acreditar, que el actor, no obstante habitar frente al establecimiento indicado, experimenta algún perjuicio de orden material o moral” (45).

Conforme a esta decisión, entonces, el recurrente no sólo debe probar las condiciones de admisibilidad del recurso, sino probar también, por supuesto, la lesión a su interés o su derecho que motiva la impugnación del acto administrativo.

C. La prueba de la ilegalidad alegada.

Pero además, por supuesto, en un recurso contencioso de anulación, el particular debe probar la ilegalidad del acto adminis-

(45) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 6-2-64, en Gaceta Oficial, No. 27373 de 21-2-64.

trativo que motiva el recurso. Esto lo ha establecido, claramente, la jurisprudencia.

En efecto, en una sentencia de 1953, la antigua Corte Federal estableció lo siguiente:

“Tratándose, como se trata, de un procedimiento contencioso, correspondía al actor probar los extremos de su imputación; y he aquí, que en la articulación respectiva nada fué aportado en relación con la sedicente usurpación o abuso de poder...”

“Por tanto, elemental deber del interesado en demostrar la incompetencia de ese funcionario, era probar en el proceso, y por los medios legales, que este carecía de la investidura que ostenta en la Resolución impugnada, es decir, que no estaba encargado legalmente de la Comisión Nacional de Abastecimiento en la oportunidad del cumplimiento del acto atacado” (46).

De manera que tratándose, en este caso, de un recurso de ilegalidad por incompetencia, se establece expresamente que el recurrente debía probar la ilegalidad, es decir, debía, en definitiva, desvirtuar los presupuestos del acto administrativo, y en particular su presupuesto de derecho.

En otra decisión, de 1970, con motivo de la impugnación de un acto administrativo que acordó la caducidad de una concesión por no haber iniciado, el concesionario, su explotación, la Corte insistió en que era el recurrente quien debía desvirtuar el fundamento legal del acto. La Corte, en efecto, señaló:

“La cuestión fundamental se reduce a determinar si el recurrente, mediante los elementos probatorios producidos, logró desvirtuar el fundamento legal de la Resolución impugnada, caso en el cual el recurso de nulidad debe ser declarado con lugar” (47).

En definitiva, aún tratándose de meras cuestiones de derecho, la prueba de la contrariedad al derecho por parte de un acto administrativo corresponde íntegramente al recurrente. La Corte Suprema, en 1969, insistió en este criterio, en los siguientes términos:

“Sin embargo, como el demandante no señala las razones doctrinales, jurisprudenciales o de otra índole que sirven de base a su alegato, no puede este Tribunal entrar a examinar si existe o no colisión denunciada en dicho párrafo pues, independientemente

(46) V. Sentencia de 24-11-53 en *Gaceta Forense*, No. 2, pp. 186 a 189.

(47) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 24-11-70 en *Gaceta Oficial* No. 29401 de 23-12-70, p. 219.722.

de los reparos que suscitaría una discusión fundada en meras con-
jefaturas, en e tos juicios, al igual que en los regidos por el derecho
común, no es lógico esperar y menos aún exigir que el órgano
jurisdiccional que conozca de la causa, supla argumentos no alega-
dos por las partes, a menos que la colisión sea tan manifiesta, que
la comparación entre el acto cuya nulidad se demanda y la norma
constitucional presuntamente violada, sea por sí sola suficiente
para demostrar el fundamento de la acción” (48).

Más recientemente, y en la misma línea de pensamiento,
la Corte Suprema en sentencia del 12 de noviembre de 1975,
precisó lo siguiente:

“De acuerdo con la doctrina de Derecho Administrativo
mas generalizada, y tradicionalmente aceptada en Venezuela, todo
acto del Poder público formalmente válido, está investido de una
presunción de legitimidad, hasta prueba en contrario. En conse-
cuencia, quien plantee ante el organismo jurisdiccional competente
una solicitud para la declaración de nulidad por ilegalidad de un
acto del Poder Público, y particularmente de un acto administra-
tivo como en el presente caso, debe comprobar suficientemente,
respecto de cada uno de los actos que impugne, la existencia de los
vicios o irregularidades en que fundamente su petición, y en tanto
no se realice tal comprobación por medios idóneos, debe subsistir
la presunción de legitimidad del acto impugnado”.

“En el presente caso la parte demandante no promovió ni
trajo los autos ningún elemento probatorio mediante el cual
evidencie la existencia de alguna irregularidad con respecto al
procedimiento a través del cual fue otorgado a cada uno de los
beneficiarios de las 123 resoluciones impugnadas, la respectiva
autorización; y en tales circunstancias, la acción no puede prosperar”.

“Por el contrario, y a mayor abundamiento, la mayoría de
los beneficiarios de las resoluciones impugnadas que concurrieron
a este procedimiento, aportaron al expediente numerosos elemen-
tos de prueba tendientes a justificar sus respectivos derechos a las
autorizaciones que les fueron otorgadas; sin embargo, la Corte
considera innecesario hacer el análisis promenorizado de dichos
instrumentos, en razón de la ausencia de pruebas por parte de la
entidad demandante” (48 bis).

(48) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 12-5-69 en *Gaceta Forense*, No. 64, pp. 171-180.

(48bis) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 12-11-75 en *Gaceta Oficial* No. 1782 Extr. del 12-12-75, p. 8.

D. La prueba del dominio

Pero entre las múltiples decisiones de la Corte, no sólo se ha insistido en que la carga de la prueba corresponde íntegramente al recurrente en el contencioso-administrativo de anulación, sino que en juicios de reivindicación de baldíos por parte de la República, el particular demandado que alegue tener la propiedad del inmueble, aún siendo demandado, tiene la carga de la prueba de su propiedad, ya que le-
ce una presunción de dominio.

La Corte Suprema, en una sentencia de 1955, estableció lo siguiente:

“Principio cardinal en materia de prueba es el de que al demandante le corresponde probar los hechos que invoca, o sea, aquellos sobre los cuales descansa su demanda y constituyen así el fundamento de su acción”.

“Y tal regla, *actori incumbit probatio*, es evidentemente lógica, desde luego que quien frente a otro se pretenda dueño o titular de un derecho o de una obligación, es el único interesado en demostrar que lo es; es él quien pretende introducir modificaciones en determinada situación jurídica existente y, por lo tanto, sobre sí cae el peso de la prueba y no sobre el demandado”.

“Más, frente a este principio se yergue otro no menos indiscutible y lógico, o sea el de que al demandado toca probar los hechos en que funda su defensa o su excepción: *reus in excipiendo fit actor*; al demandado incumbe probar, también los hechos o los actos jurídicos, es decir, la fuente y las modalidades de las obligaciones y de los derechos por él alegados o invocados”.

“Como ya se dijo, es cierto que la Nación intentó la acción reivindicatoria contra R.S. para que éste conviniera o en caso contrario fuera declarado así, en que es baldía la extensión de terreno especificada en el libelo; más, es igualmente cierto que al contradecir esa pretensión, el demandado S., ante la Primera Instancia y también ante esta Corte ha sostenido y ha afirmado, ser propietario de la extensión de tierra objeto de este proceso. Por consiguiente, conforme a los principios expuestos anteriormente, colocado en esa posición, él está obligado a suministrar la prueba de aquel hecho invocado; y también, como lo asienta la recurrida, a probar la prescripción adquisitiva alegada por él, pues se trata de una excepción de hecho invocando la conjunción de posesiones de sus causantes con la suya propia”.

“Esto, por una parte, pues por la otra, es principio indiscutido, el de que cuando una situación de hecho está regida por una presunción legal o de derecho, el favorecido con ella gana

mucho terreno en materia de prueba, por cuanto queda exonerado de ella”.

“Respecto de los terrenos baldíos, la propiedad de los Estados o de la Nación, en sus casos, sobre ellos, es consecuencia de la presunción que a su favor establece el artículo 2º de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, precepto ese que más que presumir, estatuye dicha propiedad cuando establece”:

“Los terrenos baldíos de los Estados son del dominio privado de ellos, y los existentes en el Distrito Federal, en los Territorios Federales, y en las islas del Mar de las Antillas son del dominio privado de la Nación...”

“Por manera que, en el caso de autos, no es como erradamente asienta la recurrida “que ambas partes por la posición que ocupan en el juicio, ora por sus pedimentos, tienen la obligación de suministrar la prueba para la sentencia definitiva”, pues conforme al criterio arriba expuesto, la actora nada tiene que probar, correspondiéndole únicamente al demandado suministrar la prueba de las defensas o excepciones alegadas contra el título inmanente de los Estados, de cuyos terrenos baldíos es gestora la Nación” (49).

Una vez más, tal como sucede con la presunción de legitimidad del acto administrativo, que debe ser desvirtuada por el recurrente; en un juicio de reivindicación de baldíos intentado por la República, el demandado es quien debe probar su pretendida propiedad, en virtud de la presunción de dominio que existe a favor de la administración. Las presunciones, sin duda, invierten la carga de la prueba.

3. La vigencia del principio de la presunción de veracidad del acto administrativo como fundamento de la carga de la prueba.

En efecto, en materia contencioso-administrativa de anulación, la presunción de legitimidad, veracidad y legalidad del acto administrativo, lo que va a provocar es que sea el recurrente quien tenga que desvirtuarla, probando la ilegalidad, o la incorrección, o la falsedad del acto o la inexactitud de los hechos que le dieron fundamento.

La Corte en sentencias sucesivas, sobre todo aquellas dictadas con motivo de impugnación de actos administrativos que para ser dictados tuvieron que estar precedidos de un Acta Fiscal, es decir, de una comprobación, por parte de funcionarios públicos,

(49) V. Sentencia de la antigua Corte Federal de 15-7-55 en Gaceta Forense No. 9. pp. 43 a 46.

de determinados hechos, que luego motivaron un acto administrativo posterior generalmente de carácter sancionatorio o de liquidación de impuestos; ha establecido que todas esas Actas Fiscales, que constituyen el elemento probatorio del acto administrativo, gozan de una presunción de legitimidad y de veracidad de los hechos que en ellas se consignan y es al recurrente a quien corresponde producir en el debate procesal la prueba adecuada de la incorrección, la falsedad o la inexactitud de aquellos hechos. Mientras esto no se pruebe por el particular, esos hechos tienen pleno valor probatorio por virtud de la presunción de legitimidad del Acta Fiscal.

En efecto, la Corte en sentencia de 1965 ha señalado que:

“Las Actas Fiscales levantadas por los funcionarios competentes y con el cumplimiento de las respectivas formalidades legales y reglamentarias, en las que se consignan los diversos reparos que la Administración formula a las declaraciones de rentas de los contribuyentes, gozan de una presunción de legitimidad y, especialmente, de veracidad de los hechos consignados en ella. Por tanto, conforme a esa misma jurisprudencia, que se ratifica una vez más, corresponde al contribuyente producir en el debate procesal, la prueba adecuada de la incorrección, falsedad o inexactitud de tales hechos, a fin de enervar los efectos de los referidos instrumentos fiscales” (50).

En otra decisión de 1963, la Corte Suprema ya había asentado los principios fundamentales en esta materia:

“Como lo tiene establecido la jurisprudencia, las Actas Fiscales contentivas de Reparos, cuando han sido levantadas por funcionarios competentes y con las formalidades legales, como actos administrativos antecedentes a la liquidación del impuesto, gozan de una presunción de legitimidad con respecto a los elementos que en ella se consignan, y, especialmente, respecto de los hechos. De ahí que corresponda al contribuyente producir la prueba de la inexistencia, falsedad o inexactitud de los hechos configurados en las Actas Fiscales”.

“De consiguiente, sólo corresponde a los jueces, para la decisión de tales controversias, examinar, en primer término, si, como consecuencia del debate procesal, quedó desvirtuada la presunción de legitimidad de que gozan las Actas Fiscales, y en segundo lugar, si la Administración ha interpretado y aplicado correcta-

(50) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 28-1-65 en *Gaceta Forense*, No. 47, pp. 66 y 67.

mente los correspondientes textos legales y reglamentarios”. (51).

En este mismo orden de ideas, en la sentencia citada del 12 de noviembre de 1975, la Corte ha dejado larguera de toda duda la consideración del principio de la presunción de legitimidad del acto administrativo como fundamento de la carga de la prueba que incumbe al recurrente, en los siguientes términos:

“De acuerdo con la doctrina de Derecho Administrativo más generalizada, y tradicionalmente aceptada en Venezuela, todo acto del Poder Público formalmente válido, está investido de una presunción de legitimidad, hasta prueba en contrario. En consecuencia, quien plantee ante el organismo jurisdiccional competente una solicitud para la declaración de nulidad por ilegalidad de un acto del Poder Público, y particularmente de un acto administrativo como en el presente caso, debe comprobar suficientemente, respecto de cada uno de los actos que impugne, la existencia de los vicios o irregularidades en que fundamente su petición y en tanto no se realice tal comprobación por medios idóneos, debe sub-sistir la presunción de legitimidad del acto impugnado” (52).

Pero si bien es cierto que la presunción de legalidad, veracidad y legitimidad del acto administrativo invierte la carga de la prueba, ya que el particular recurrente, una vez dictado un acto administrativo, es quien debe demostrar su ilegalidad, falsedad o inexactitud, ello, sin embargo no exime totalmente a la Administración de actividad probatoria en la vía contencioso-administrativa. La inversión de la carga de la prueba tiene, por tanto, limitaciones.

4. Limitaciones al efecto de la inversión de la carga de la prueba.

En efecto, ante todo debe señalarse que la inversión pura y simple de la carga de la prueba en vía contencioso-administrativa podría ser muy perjudicial para el particular. El mecanismo, podría ser resumido en la siguiente forma: Si se trata, por ejemplo, de un procedimiento sancionatorio, la Administración, señalamos anteriormente, debe probar los hechos, que queden en un Acta Fiscal. Eso produce que se dicte un acto administrativo que goza de una presunción de legitimidad, y esa presunción debe ser desvirtuada por el particular recurrente. En esta forma, en ese caso, podría

(51) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 4-4-63 en Gaceta Forense, No. 40, p. 38.

(52) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 12-11-75 en Gaceta Oficial No. 1782 Extr. de 12-12-75 p. 8.

también plantearse el problema de cuál es, en definitiva, el alcance de la presunción de legitimidad: ¿basta que la Administración dicte un acto arbitrariamente, sin motivación, para que ese acto, simplemente, sea totalmente legal y corresponda al particular, totalmente, la prueba en el procedimiento? . Hay algunos elementos que han contribuido a delinear, en la jurisprudencia, el postulado de que la prueba de los hechos no sólo compete al recurrente, sino que también, en este caso, se comparte entre la Administración y el particular recurrente. La consecuencia de esto ha sido, conforme a algunas decisiones de la Corte, que en materia de impugnación de actos administrativos, si bien el principio es que la carga de la prueba corresponde al recurrente de probar la ilegalidad del acto y de desvirtuar la presunción de legitimidad del mismo, no hay duda de que también la Administración tiene una labor probatoria en el procedimiento. En particular, en una sentencia de diciembre de 1974, de gran importancia en este campo, la Corte Suprema ha precisado el problema, estableciendo que la falta de prueba por parte de los hechos de la Administración en el procedimiento contencioso-administrativo puede resultar en beneficio del recurrente.

En efecto, la prueba básica de la actuación de la Administración está o en el Acta Fiscal o en la motivación del acto, todo lo cual consta en el correspondiente expediente administrativo, que debe haber sido elaborado en la Administración Pública. Si la Administración dicta un acto administrativo, y ese acto administrativo es impugnado por el particular que plantea la ilegalidad del acto, y la Administración no envía al tribunal el expediente administrativo, que sería el mecanismo formal de la prueba de su acto, la Corte ha decidido que ello constituiría falta de prueba por parte de la Administración de su acto, por lo que su decisión sería en beneficio del interesado recurrente. En esa decisión, en efecto, la Corte señaló lo siguiente:

“En el presente recurso, el Despacho de Minas e Hidrocarburos se limitó al envío del expediente administrativo constante de seis folios, (excluyendo el recurso de apelación y los anexos presentados por la Compañía), donde nada explica en relación con los puntos planteados por la impugnante”. “De esta manera, este Alto Tribunal carece de elementos objetivos para decidir, pues en los autos solamente se encuentra, muchas veces, con una Resolución sancionatoria, que es simplemente la declaración de voluntad de la Administración, y con un escrito de impugnación, que es la opinión o defensa del administrado, y por eso se coloca al juzgador en situación de decidir sin probanzas de ningún caso, y, por prin-

principio, en tal caso, debe favorecer al inculpado” (53).

La Corte en dicha decisión, terminó declarando la nulidad del acto porque la Administración no probó los hechos que fueron el presupuesto de su acto, limitándose al envío de copia del acto a la Corte, en el expediente administrativo, pero sin enviar la sustancia del expediente administrativo, donde ha debido haberse dejado constancia de todos esos hechos.

En todo caso, tan esencial es el envío del expediente administrativo al Tribunal, y por tanto, la prueba en el procedimiento por parte de la Administración, que el no envío del expediente en ciertos procedimientos contenciosos, como el de la carrera administrativa, puede colocar al funcionario recurrente en una situación de indefensión al no poder contradecir los hechos que se le imputaron y los cuales constan en el referido expediente (54).

IV. CONCLUSION.—

De lo anteriormente expuesto resulta evidente que el problema de la carga de la prueba en el Derecho Administrativo, en ausencia de Leyes de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sólo puede resolverse del análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. La construcción de la carga de la prueba en el Derecho Administrativo, es, por tanto, sin duda, una construcción jurisprudencial, y eso es lo que hemos intentado hacer en las líneas que preceden.

De esa visión general que se ha dado, podrían sentarse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, tanto en el procedimiento administrativo-gubernativo como en el procedimiento contencioso-administrativo, hay elementos inquisitivos, de manera que se permite a la Administración, en el procedimiento administrativo, aportar pruebas y decidir aún cuando las partes no hayan alegado y aportado pruebas; y que permite, también, al juez contencioso-administrativo apreciar y evacuar pruebas distintas a las que han formulado las partes. En este campo, sin embargo, a pesar de la autorización contenida en la Ley Orgánica de la Corte Federal, la Corte misma, aparentemente, se ha aferrado al principio dispositivo.

(53) V. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 12-12-74, en *Gaceta Oficial* No. 1718 Extr. de 10-1-75.

(54) Cfr. Sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa de 27-2-73 publicada en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1973*, Caracas 1974, p. 400.

Pero a pesar de estos elementos inquisitivos, como principio general puede admitirse que las partes tienen la carga de la prueba. En materia administrativa, en principio, la prueba corresponde a la parte recurrente; sin embargo, el principio se plantea distinto en los procedimientos administrativos y en el contencioso-administrativo.

En materia de procedimiento administrativo gubernativo, cuando el acto administrativo va a dictarse por iniciativa de la Administración, la prueba le corresponde íntegramente. Si, al contrario, el procedimiento administrativo se inicia por iniciativa de un interesado o solicitante, la prueba, en principio, corresponde a ese particular solicitante, lo que no excluye la posibilidad de que, aún en los procedimientos de carácter autorizativo, y que se inician por iniciativa de un interesado, la Administración pueda valerse, para decidir, de otros elementos que no hayan sido alegados o probados por las partes y que la Administración misma puede aportar.

En el procedimiento contencioso-administrativo, el principio, puede admitirse, es que el recurrente tiene la carga de la prueba: es él quien debe desvirtuar la presunción de legitimidad, veracidad y legalidad de los actos administrativos que, como privilegio, se establece a favor de la Administración. Pero, también a través de decisiones de la Corte Suprema hemos visto cómo el hecho de que la carga de la prueba se vuelque hacia el particular, y que sea éste quien deba desvirtuar la presunción de legalidad, legitimidad y veracidad del acto administrativo, ello no excluye el deber que tiene la Administración, también, de probar ante el Juez los hechos que dieron origen a su acto, a través del envío del expediente administrativo y de todos los elementos y circunstancias que sirvieron de fundamento al acto.

En consecuencia, puede decirse que en realidad, en el procedimiento contencioso-administrativo de anulación, estamos en presencia del mismo principio privatista señalado de que frente a hechos o actos jurídicos, la carga de la prueba de los hechos se distribuye. En este caso, materialmente tenemos una distribución de la carga de la prueba entre la Administración, quien debe aportar al juicio su expediente administrativo y todos los hechos que acreditan el por qué el acto se dictó; y, por supuesto, el particular quien tiene la carga fundamental de la prueba para desvirtuar aquella presunción de legalidad, veracidad y de legitimidad de que gozan los actos administrativos.

El Poder de Control

Siébel Girón

“Mas, constituye una eterna experiencia que todo hombre que tiene el poder, tiende a abusar de él mientras no encuentra límites. ¡Quién lo diría! . ¡La virtud misma necesita límites! . Para que no pueda abusarse del poder es necesario que por la misma disposición de las cosas, el poder limite al poder”.
Montesquieu Libro XI del “Espíritu de las Leyes”.

La elevada jerarquía del Poder Contralor, no permite pensar en éste como sólo una actividad de naturaleza sub-legal, como la administración o la justicia.— El control de la actividad Estatal es una función del Poder Público, autónoma con caracteres propios, derivada del poder de control que **ES ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA SOBERANIA**, sustentado en ésta y estructurado en su aspecto normativo fundamental por la Constitución.

Es necesario que la función de control de la actividad estatal se fundamente en una fuente jurídica de la más elevada jerarquía, dado que abarca toda la actividad estatal incluyendo el propio poder constituyente

La función de control de la actividad del Estado, no el poder, tiene su origen en la Constitución como expresión material de la soberanía. Las bases del control de la actividad estatal tienen consagración constitucional, adquiriendo así forma de superlegalidad escrita, que complementa el carácter de constitucionalidad de los principios de control consagrados. Una de las más amplias actividades de control, lo constituye la vigilancia sobre el Respeto a la normativa constitucional.

En numerosas Constituciones se les da a diversas entidades que efectúan el control, el carácter de entidades constitucionales, destacando de este modo su naturaleza de instituciones superiores, y expresando positivamente los más importantes principios del poder de control.

Kelsen, considera que el poder constituyente, puesto en las manos del “pueblo” no tiene otro sentido que “poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos de derecho positivo”. Y aun cuando no lo dice con esa finali-

dad, al hablar de “dificultades” se advierte la presencia de las trabas derivadas del soberano poder de control de la colectividad, incluso sobre la básica función constituyente. Del principio de la soberanía popular, innegablemente establecido en forma mayoritaria, se deriva el poder constituyente que tiene como titular a la colectividad. De la teoría de la representación se deriva el hecho de que la función constituyente creación de normas básicas positivas —es encomendada a individuos escogidos por la colectividad dentro del principio democrático de las mayorías. Pero precisamente del hecho de que los representantes son sólo ellos y no titulares de la soberanía nace el soberano poder de control de toda la actividad de los órganos del Estado, incluyendo al propio órgano creador de las normas positivas constitucionales, ya sea una Asamblea Constituyente ad-hoc o los órganos legislativos ordinarios.

Es evidente que los órganos creadores de las normas constitucionales no gozan de una libertad irrestricta en el desempeño de su función. Las limitaciones a la función constituyente de los órganos representantes existen incluso en los sistemas considerados como ortodoxamente democráticos en los cuales al ser promulgada la Constitución debe ser sometida luego, para su validez, a un referéndum popular. Igualmente, las modificaciones al texto constitucional, son consideradas por la iniciativa popular, expresada en documentos suscritos por un número determinado de ciudadanos, como ocurre en Suiza.

Otros sistemas han ido desplazando la intervención directa del pueblo en el control de la elaboración constitucional. Se ha suprimido dos aspectos que conformaban una ingerencia directa en la función constituyente: la creación de Asambleas especiales para la elaboración de la Constitución, y la eliminación del control popular previo a la promulgación de la Carta, expresado mediante el comentado referéndum.

Se ha querido, por razones prácticas eliminar retardos y trabas que, en definitiva crean inútiles procedimientos y duplicidad, con idénticos efectos. Los sistemas a que nos hemos referido, han dotado a los órganos legislativos ordinarios de facultades para elaborar o modificar la Constitución en forma directa. Pero estas aparentes facultades onnímodas no son tales si se examina que la normativa constitucional debe fundamentarse en procedimientos rígidos y mayorías legislativas calificadas y especiales. El principio general es el de que las modificaciones constitucionales no deben hacerse sino en casos de crisis graves como las derivadas de cambios de sistemas gubernamentales, para satisfacer perentorias necesidades de la organización estatal, o para atender el clamor de la colectividad expresado por sus conductos regulares y sustentado en el principio de la potestad constituyente.

El cambio de la normativa fundamental del Estado, es evidente que no puede hacerse sin auscultar aun cuando sea indirectamente la opinión colectiva. El control colectivo no desaparece porque se suprima el poco práctico “referendum”, previo a la promulgación de la Carta Magna. Su disconformidad con los abusos de sus representantes desleales a su opinión, será expresado por medio del sufragio que los desplazará del órgano legislativo, y que en última recurrirá, como se puede observar en la historia, al heroico remedio de la rebelión contra los tiranos.

Las normas constitucionales deben ser creadas con vista a su mayor firmeza y duración, dada su influencia en toda la estructura vital del Estado. No sólo desde el punto de vista jurídico, político y financiero, sino también tomando en cuenta sus repercusiones sobre los aspectos morales y humanos de la vida colectiva. Un Estado que constantemente modifique su normativa fundamental sin verdaderos motivos, amenaza la irrenunciable seguridad jurídica y lleva fácilmente al colapso y a la anarquía.

En conclusión, el poder constituyente es algo más que la Constitución escrita, ya que ésta debe estar sometida a aquél, a los principios jurídico-políticos que rigen el sistema gubernamental, acorde con la forma del Estado. La legitimidad de una Constitución exige su conformidad con el orden jurídico y con las aspiraciones e ideas expresadas previamente mediante el voto por la colectividad soberana. Esto constituye lo que algunos autores han llamado “la superlegitimidad constitucional”.

No obstante reconocer que el Estado es una unidad dentro de un orden jurídico con el cual se identifica, es evidente que dentro de la organización jurídico-política de la mayoría de Estados contemporáneos, aparece inequívoca la idea de que la soberanía es un atributo de uno de sus elementos u órganos primarios: la población, nación o colectividad.

Más allá del poder constituyente existe lo que se ha llamado la superlegitimidad constitucional, es decir una serie de principios y realidades jurídico-políticas, que por su naturaleza escapan a la letra de la Constitución y que forman parte de la soberanía.

El control destinado a verificar que la Constitución no viole la superlegitimidad, se atenga a ella y que los representantes sean leales a las orientaciones de la colectividad, forma parte de la soberanía popular y constituye un aspecto de superior jerarquía con relación al poder constituyente. El poder Contralor abarca con la mayor amplitud toda la actividad estatal. Comienza, como es natural, con la actividad que se considera básica en el desenvolvimiento de las funciones del Estado: La función constituyente, y a través de las propias normas constitucionales crea mecanismos

de control de la más diversa intensidad y características que permiten a la colectividad soberana, ejercer una constante vigilancia sobre toda la gestión estatal, sin distinción de sus funciones y objetivos. No parece entonces excesivo decir que la más pura y poderosa expresión de la soberanía popular está constituida por la potestad de control.

Es evidente que la potestad de control en importantes aspectos y la función de control propiamente dicha, aparecen consagradas en la Constitución promulgada por los representantes de la colectividad, en ejercicio del poder constituyente, pero así como éste no queda totalmente enmarcado dentro de las normas positivas constitucionales, así tampoco el Poder Contralor queda establecido totalmente en las normas de la Carta Fundamental que puedan consagrarlo. Muchos aspectos intangibles de la potestad colectiva de control intangibles pero no por ello menos importantes, escapan a una regulación positiva expresa. El control de la legitimidad de la Constitución no está consagrado en ninguna norma positiva, porque no hay ninguna que esté sobre la Constitución por su naturaleza de super-norma. Pero la Constitución y el gobierno se derivan, en los regímenes democráticos, de la colectividad o nación, y es entonces natural deducir, y así se observa en la práctica, que el control de toda esa actividad, esté o no escrito, corresponde a ella.

Uno de los problemas que plantea la potestad contralora en su ejercicio en cuanto a los órganos que han de realizarlo es, su consagración en normas positivas y las modalidades mediante las cuales ha de llevarse a cabo.

La colectividad cuenta con una serie de medios intangibles para ejercer sobre sus representantes en la gestión estatal, una vigilancia constante que puede conducir al desplazamiento del gobierno de quienes no cumplen el mandato otorgado. El sufragio es el medio más efectivo para mantener indirectamente un control sobre la actividad gubernamental, y es el momento de depositar el voto cuando el control de la opinión pública se deja sentir en todos sus efectos.

El Control como Resultado de la “Separación de Poderes”.
Es bien sabido que el sistema de gobierno representativo ha acogido y generalizado la llamada separación de poderes, y que la organización de los regímenes republicanos tiene en tal separación la vértebra de su estructura. Cada “poder” dentro de una teoría hoy ya muy razonablemente discutida tendría funciones limitadas que sólo ellos podrían ejercer. Así, se ha pensado tradicionalmente que el “poder legislativo” ejerce la representación de la colectividad en forma preferente y que es quien tiene facultades legislativas; el “poder judicial”, que como su nombre lo indica, administra justicia.

En opinión de Hauriou, se ha interpretado mal a Montesquieu ya que éste “entendió el principio de la separación de los poderes en un sentido flexible que entraña la colaboración de los mismos poderes en el cumplimiento de las mismas funciones”. “Indudablemente insiste mucho nuestro autor en la necesidad de separar el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, y sobre la idea de que cada uno de los poderes debe tener la facultad de moderar a los demás poderes”. Pero además de la idea de moderación, Montesquieu patrocina, con la separación, las mutuas limitaciones entre los poderes. Dice en “El Espíritu de las Leyes”; “La libertad política no existe más que en los gobiernos moderados (de tipo mixto). Pero no todos los gobiernos moderados la poseen siempre, sólo la poseen cuando no abusan del poder. Mas, constituye una eterna experiencia que todo hombre que tiene el poder tiende a abusar de él mientras no encuentra límites...” “Para que no pueda abusarse del poder es necesario que por la misma disposición de las cosas, el poder limite al poder”. Para Hauriou, Montesquieu no intentó, como se ha interpretado, una separación de poderes rigurosa sino que a través de sus escritos puede comprobarse que propiciaba una separación flexible, una colaboración entre ellos, según puede deducirse del siguiente párrafo: “Estos tres poderes deberían constituir un equilibrio favorable a la inactividad (por su facultad de moderarse mutuamente), pero como por el movimiento necesario de las cosas se ven obligados a marchar, se encontrarán en la precisión de marchar de acuerdo”.

La idea de una separación de los poderes como moderación entre unos y otros y como límite o control recíproco, se explica históricamente por el hecho de que la auténtica separación provino de la pugna que existió en Inglaterra entre poderes que sí representaban sectores diferentes, ya que el rey, los ministros y el Parlamento, en la época de la Monarquía Constitucional, no colaboraban entre sí sino que se controlaban y limitaban unos a otros. En este sentido puede hablarse de una auténtica separación de poderes.

Cuando en la organización del gobierno surgen diferentes sectores, definidos, que se disputan el poder, la separación de poderes es explicable como la necesidad de darle a cada grupo una parte del Poder Público, para ser ejercido con prescindencia de los otros y como un límite al alcance del que corresponde a los demás. En la evolución histórica del desplazamiento del ejercicio de la soberanía del monarca absoluto hacia las manos de la colectividad, pasando por las Monarquías llamadas limitadas, la separación de los poderes, entendida como límite rígido entre unos y otros, tenía además de un fundamento teórico, un sentido práctico, ya que cada sector detentaba, efectivamente, un poder diferente dentro de la unidad del poder del Estado. Así entonces el monarca limitaba, moderaba y controlaba el ejercicio de las potestades de los

estamentos que participaban en el gobierno y éstos el ejercicio del absolutismo monárquico. Cuando se llegó a la Monarquía Parlamentaria en donde estaban representados sectores completamente desvinculados del soberano, la limitación del poder del monarca y el control de su actuación, se fue haciendo más notoria. Ya el monarca no ejercía, como antes, la administración, la legislación y la justicia, en forma omnimoda. La función legislativa y gran parte de la de control pasan al Parlamento, con un efecto limitado y rígido. Pero cuando la soberanía va a las manos de la colectividad o pueblo y vuelve a concentrarse para no ser compartida con individuos, estamentos o grupos, la separación de las funciones del Estado con el nombre de “separación de poderes” es impropio e inoperante. El poder del Estado ubicado por la teoría política en cabeza de la colectividad o pueblo, es entonces indivisible. Ningún sector puede tomar injerencia en el Poder Público que no sea el propio pueblo o colectividad. ¿Cómo aceptar entonces que va a existir un poder ejecutivo distinto y ejercido por entes diferentes a quienes ejercen el legislativo o el judicial. De acuerdo con el principio de la soberanía popular, ninguna potestad puede ubicarse fuera del pueblo o colectividad.

Los tradicionales tres poderes no son entonces más que manifestaciones del Poder Público. Una división eminentemente formal. Cualquiera preponderancia que eventualmente pueda tener uno sobre otro, se derivará de una organización del sistema de gobierno impuesta por el ordenamiento jurídico. El poder constituyente, parte del Poder unitario, pero con preponderancia sobre las funciones por dimanar éstas de él, puede darle, en un momento dado, a uno de los tres “poderes”, potestades para controlar o limitar la actuación de otro sector del poder público. Pero no podrá deducirse de allí de que éste o aquél representan un sector diferente de la soberanía o del poder en sentido general.

En la actualidad el sostenimiento de una teoría de la separación de los poderes sólo sirve para discusiones teóricas, bastante inútiles. Así, esta tesis sirve actualmente para que algunos sectores quieran, por ejemplo, negar a la Administración o al Ejecutivo, facultades para decidir cualquier conflicto por ser ésta una materia que corresponde exclusivamente al “Poder Judicial”, o por el contrario, para sostener que la separación de poderes, no permite al “Poder Judicial” conocer de las actuaciones del Ejecutivo por cuanto esto afectaría la completa independencia que teóricamente deben tener los “poderes” entre sí. Esta tesis, en la actualidad fuera de toda realidad, pretende negar, por ejemplo, al “Poder Judicial”, facultades para conocer conflictos jurisdiccionales en los cuales la Administración sea parte, por considerar que los órganos de ésta no deben estar sujetos sino al control jurisdiccional de sus órganos. Por ello patrocinan la creación de una sección contenciosa dentro

de la propia Administración, a objeto de que conozca de los conflictos que pueden generarse con relación a ella, y que ejerzan un control jurisdiccional sobre quienes tienen por encargo administrar propiamente. Pero caen en cierta forma en contradicción al sostener que de esta manera se logra que la Administración no sea a la vez juez y parte en los conflictos.

Para fundamentar el control de la actuación de los órganos del Estado y del desenvolvimiento de la gestión gubernamental, resulta cuando menos innecesario recurrir a la ficción jurídico-política de la separación de los poderes. Pero en esto es notoria la influencia de la Revolución Francesa que consagró en Ley de agosto de 1790: “Las funciones judiciales son y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán perturbar de ninguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores”. Fueron normas de esta naturaleza las que propiciaron una separación tan rígida que llegaron a crearse poderes dentro del poder, que, como observara Hauriou, nacieron de una errónea interpretación de las ideas de Montesquieu. Este, según Hauriou, entendió la separación en un sentido flexible “que entraña la colaboración de los mismos poderes en el cumplimiento de las mismas funciones”, que unos y otros debían moderarse entre sí, que la separación lograría “una disposición de las cosas mediante las cuales el poder limite al poder”, ya que cada uno de ellos debe tener “La facultad de moderar a los demás poderes”. Cita Hauriou el capítulo VI del libro XI en el cual Montesquieu asienta que por el movimiento necesario de las cosas los poderes se encontrarán precisados a “marchar de acuerdo”. No obstante estas claras ideas, la separación de poderes, erróneamente interpretada, se ha convertido en algunas oportunidades, como vimos en las disposiciones de la antigua Ley francesa sobre separación entre la Administración y la Justicia, en un obstáculo para una recíproca colaboración, control y moderación.

Vale la pena citar, textualmente, la importante opinión de Hauriou sobre la cuestión. En su libro “Derecho Público y Constitucional”, dice: “El principio de la separación de los poderes ha sido formulado teóricamente por Montesquieu en el Libro XI del “Esprit des lois” (capítulos IV y VI). Este principio ha tenido una gran repercusión no sólo en la doctrina sino también en la práctica de las instituciones constitucionales hasta el punto de que fue conocido y propagado en la segunda mitad del siglo XVIII, en víspera de los grandes movimientos constitucionales, particularmente en víspera de la redacción de las Constituciones americanas. Sin embargo, el pensamiento de Montesquieu, fulgurante a veces, pero falto de los suficientes desenvolvimientos y de precisión jurídica no se ha comprendido siempre bien; por interpretarlo erróneamente, se han cometido errores en la organización constitucional”.

Es evidente que la idea de la separación de los poderes, inexplicablemente aún en boga, era una teoría aplicable cuando el poder se hallaba en varias manos, cuando efectivamente gobernaban sectores diferentes que representaban diversos intereses, y que en cierta forma compartían entre sí la titularidad de la soberanía. Esto podemos derivarlo de las propias expresiones del gran promotor de la teoría —Montesquieu—: “Cuando se concentra el poder legislativo y el poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad...; no hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo...; todo se habrá perdido si el mismo cuerpo de notables, o de aristócratas o del pueblo ejerce estos tres poderes”. ¿Tienen vigencia dentro del régimen democrático estas ideas? ¿Dentro del sistema de gobierno fundamentado en la soberanía popular? Naturalmente que no, si analizamos la evolución de la titularidad de la soberanía, desde las manos omnímodas del soberano absoluto y su paso por las Monarquías Limitadas hasta culminar en cabeza del pueblo o colectividad, con el carácter unitario con que ésta la ejerce, como está actualmente consagrado en la mayoría de las Constituciones.

En algunos trabajos se ha querido hacer ver, que el control de la actividad gubernamental está estrechamente ligado con la implantación del principio de la separación de los poderes. En esto influye la idea que se tenga sobre esta teoría. El verdadero origen de la separación, se encuentra en el momento en que el poder absoluto del rey comienza a ser compartido en las Monarquías Limitadas. Aquí se opera una desmembración del poder concentrado en el monarca y aparece la ingerencia de otros sectores en el desenvolvimiento del Gobierno. Para citar una modalidad, bien puede recordarse, cómo en la Monarquía Constitucional, la función legislativa y la de control, hasta entonces en las manos exclusivas del monarca, pasaron a la colectividad, quien la ejercía por medio de sus representantes. Pero esta separación no era tajante en el sentido de que uno y otro poder —el ejecutivo y el legislativo— tuviesen límites trazados que los hacían completamente independientes unos de otros. Al contrario, esta separación constituyó el comienzo de la limitación de los poderes absolutos, el control de la colectividad sobre el monarca y de éste sobre aquélla. El poder legislativo, ejercido por el pueblo imponía normas de gobierno al rey mediante la Legislación positiva, la cual limitaba, moderaba y vigilaba, las hasta entonces omnipotentes facultades del monarca. Pero este poder legislativo no es tampoco ilimitado. El monarca es a la vez que jefe del poder ejecutivo, órgano del legislativo, y por ello participa en el proceso de la legislación. Se considera que el monarca da al pueblo parte de su función legislativa, mediante una autolimitación a su omnipotencia. El rey no declina totalmente su facultad legislativa, y dadas ciertas circunstancias puede dictar normas de

igual jerarquía a las impuestas por el Parlamento. Esta ingerencia monárquica en la legislación se atenúa al irse delineando la Monarquía Constitucional. Ya no participará en la promulgación y publicación de la Ley, quedándole sólo al derecho a vetar las aprobadas por el órgano legislativo.

No obstante, en esta etapa no puede fijarse el nacimiento de la separación de los poderes ya que lo que existió fue una división del poder absoluto en manos del rey, entre éste y la colectividad o pueblo representada en el órgano legislativo. La separación no se produjo por cuanto recíprocamente se influían, moderaban y controlaban. Más notoria es esta interdependencia en la Monarquía Parlamentaria, ya que el Parlamento asume directamente, además de la función legislativa, la función de control de la actuación de los órganos del Ejecutivo, los ministros. Los ministros son responsables ante el Parlamento de su labor administrativa y de la legalidad de ella. El control parlamentario, tan generalizado posteriormente, constituye la mejor negativa a la separación de los poderes ya que no sólo exige la responsabilidad ministerial en cuanto a que la labor ejecutiva se ajuste al ordenamiento jurídico sino que incluso llega a tomar ingerencia en el campo administrativo propiamente, al emitir opinión sobre lo que se conoce con el nombre de “mérito de la gestión”.

En el siglo XVII, en Inglaterra comienza con los Tudor una moderación del absolutismo de los reyes. La necesidad de que el poder sea dividido surge como idea preponderante de la unión entre la nobleza y otras clases frente al monarca. El omnímodo poder de éste, ya entonces se encuentra limitado por el Parlamento, en donde están representados los titulares de la nobleza y sectores rurales y urbanos. Recogiendo las ideas de los principales pensadores políticos, fundamentalmente las de Locke en su “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, la Constitución inglesa consagra la necesidad de que las funciones de legislar y de hacer cumplir las leyes estén atribuidas a órganos diferentes. En la Declaración de Derechos impuesta a Guillermo de Orange en 1689, se menciona como agravio el haber asumido el monarca el privilegio de la suspensión y ejecución de las leyes sin consentimiento del Parlamento. Como es sabido. Montesquieu se inspiró en la doctrina y Constitución Inglesas, para proclamar su teoría de la separación de poderes. Pero es evidente que su aplicación es comprensible en Inglaterra, en donde efectivamente la Monarquía comenzaba a compartir el poder con otros sectores. En los regímenes en donde la soberanía se radica, por influencia de la teoría política democrática, en la colectividad, la teoría de la separación de poderes produce sólo un rompimiento de la unidad que debe caracterizar al Poder Público. Evidentemente, que el principio de la separación de los poderes trajo muchos beneficios a la teoría política, pero su concepción no ha sido uni-

forme. Para algunos autores la separación preconizada por Montesquieu es total, en el sentido de que los órganos encargados de ejercer las tareas de ejecución, legislación y justicia deben ser recíprocamente independientes; que ningún poder debe realizar tareas que competen a otro o tomar ingerencia en asuntos que no le estén asignados por su naturaleza, y que ningún poder anule o modifique las decisiones que el otro haya tomado en lo que le compete.

Sobre esta teoría ha dicho Alejandro Silva Bascuñán: “La doctrina de la separación de los poderes ha prestado numerosos servicios en más de dos siglos. Concebida como instrumento insustituible para el respeto de los derechos individuales, sin duda, bajo su inspiración, se procuró hacer realidad la libertad política proclamada constantemente desde la Revolución; proporcionó base organizativa aparentemente irremplazable a todos los sistemas constitucionales; y sirvió de piedra angular de la Democracia Representativa al perfilar los diversos regímenes gubernativos. Se transformó así en una de las categorías más indiscutidas y determinantes en la ciencia política. Sin embargo, junto a tales ventajas y beneficios, no pueden negarse las exageraciones y errores contenidos en su formalización teórica, ni ocultarse el daño causado por el excesivo dogmatismo que se levantó en su torno, en desmedro de la flexibilidad de las instituciones políticas y de su fácil adaptación a las circunstancias cambiantes de la vida de los pueblos”. “En el afán de configurar tres poderes diferentes y de subrayar su independencia recíproca, se perdió de vista en el trazado y en la marcha de las instituciones, la unidad de la soberanía y tendió a destruirse por ese medio el único e indivisible poder supremo existente en la sociedad política desmenuzado en tres parcelas que se separaban por altas murallas, levantadas para poner obstáculos a la realización orgánica de la amplia y universal misión del Estado”.

Los excesos de esta teoría y, según muchos, la errónea interpretación del pensamiento de Montesquieu han conducido a considerar que los tres “poderes” constituyen autoridades distintas, partes divisorias de la soberanía. Carré de Malberg citado por Silva Bascuñán dice que la consideración de tres autoridades diferentes, condujo a establecer “La costumbre de ver en ellas a los sujetos de tres voluntades distintas, de tres clases de voluntades que son igualmente partes independientes entre sí de la voluntad estatal y que concurren entre las tres a formar esta última. De esto a admitir que a estas tres voluntades corresponde en el Estado, la existencia de tres personas soberanas no hay mucha distancia; y tal ha sido, en efecto la doctrina de Kant, que caracteriza a los tres poderes como “otras tantas personas morales que se contemplan una a otra, y que fundan así la teoría del Estado uno en tres personas”.

La idea de fundamentar el origen del control de la actividad estatal en la teoría de la separación de los poderes debe ser analizada por cuanto ello puede ser cierto en lo que se refiere a la experiencia inglesa y al desplazamiento del poder absoluto del soberano. Pero entendida en forma rígida, no obstante originarse en una misma fuente como es la soberanía popular, la separación de los poderes no sería la fundamentación histórico-jurídica del control de la actividad estatal sino por el contrario, un poderoso obstáculo.

Como se ha afirmado en repetidas oportunidades, en el apogeo del Absolutismo, la concentración de la soberanía y por ende de los poderes en el soberano, impedía la existencia de un control de la actividad estatal que no fuera en pro de los intereses del sistema, y como vimos existía una leve ingerencia colectiva y de la opinión en cuanto a la legitimidad de la autoridad del monarca en el orden de sucesión. Cuando el poder absoluto de los reyes fue cediendo a las presiones colectivas, resolvió separar parte de su poder soberano hacia otros sectores de la colectividad tales como la “nobleza” y el “pueblo” que comenzaron a asumir potestades legislativas y a controlar muchos aspectos de la gestión administrativa del monarca. La Monarquía Parlamentaria es ya una muestra inequívoca de una separación de poderes efectiva en la cual el poder legislativo pasa de las manos del rey, al pueblo, representado en el Parlamento. Aquí comienza a apreciarse una interdependencia de los poderes y una moderación del alcance de las funciones de uno y otro. Entendida así la separación de poderes —como según dice Hauriou la entendió Montesquieu— puede pensarse que una forma de control, aunque rudimentaria, nació al dividirse dentro de la Monarquía Parlamentaria, la Función ejecutiva y la legislativa, pero mutuamente controlados y moderados.

La separación de poderes así entendida es acogida en la mayoría de las Constituciones actuales, en las cuales a la vez que se consagra una división de las tres funciones clásicas, se establece que los órganos del Poder Público, deben colaborar entre sí para el logro de los superiores fines del Estado. .

El principio de la separación, en forma pura, absoluta, se pretende aplicar sólo en muy pocos Estados. Así puede observarse consagrado en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, pero más que todo, por razones históricas y tradicionales. En la práctica, y por influencia del tiempo, una función va invadiendo el campo de otra. En los Estados Unidos, el Congreso puede declarar la guerra que es una función eminentemente administrativa, el Presidente de la República tiene derecho a vetar leyes y el Senado ejerce funciones judiciales. Es decir que puede afirmarse

que en la actualidad, la separación de poderes como se cree que fue concebida, no es aplicada en ningún sistema de gobierno.

El Control como Resultado de la División de Funciones.

A la luz de la mayoría de las legislaciones, sistemas de gobierno y formas de Estado, la división de “poderes” se considera cuando menos inoficiosa y por supuesto inapta para sustentar en ella el control de la actividad estatal. Bien es sabido que la mayoría de sistemas de gobierno contemporáneos se fundamentan en la soberanía popular y en el principio de la democracia representativa. Es decir, el poder, la soberanía del Estado tiene un solo titular: la colectividad. El poder es uno, ejercido por los representantes designados mediante el sufragio. El poder no se divide, permanece unido para el cumplimiento de los fines del Estado. Hay un solo titular. Lo que en la realidad se opera no es una “separación de poderes” ni una división de los mismos entre titulares diversos, sino una distribución de funciones por la voluntad popular para el mejor y más efectivo cumplimiento de los fines del Estado. Con la distribución de funciones se logra una mayor especialización técnica y una autonomía de funcionamiento matizada por la estrecha cooperación entre unos y otros, y determinados mecanismos de control recíproco delineados por la norma fundamental dictada por el poder constituyente en ejercicio de la soberanía popular. Ni aún en Francia, en donde por la influencia de Rousseau se consagró la tesis de la separación de los poderes en la Revolución Francesa, este principio tiene siquiera relativa vigencia. Numerosas Constituciones como la venezolana, no obstante estar inspiradas en los principios de la Revolución Francesa, y concebir el Poder Público como un ente divisible, establece que en las funciones que deben ejercer, las diferentes “ramas”, “colaborarán entre sí”. Algunas Constituciones, de inspiración democrática y representativa, como la que regía en Chile, cuando se refieren a la representación de la soberanía que “reside en la Nación” no hablan de poderes ni de ramas del Poder Público, sino de autoridades.

No existe una separación de poderes ni una división del Poder Público en ramas llamadas “poderes” como unos distintos y aislados de otros, lo que hay es una distribución de funciones dimanantes del poder soberano de la colectividad como titular de la soberanía del Estado, de acuerdo con la mayor parte de la legislación positiva. El hecho de que se siga hablando de “poderes” legislativo, ejecutivo y judicial, no pasa de ser una tradición terminológica.

Pero no puede tampoco hablarse de que cada órgano del Poder Público tenga asignada una determinada función estatal con exclusión de las que competen a otros. Es decir que el órgano legislativo sólo legisle, el administrativo sólo administre, el judicial sólo

administre justicia o que la función de control sólo se cumpla por un órgano o autoridad de control. El poder no sólo se divide entonces en varias funciones, destinadas al cumplimiento de cometidos, sino que las funciones se reparten entre los distintos órganos del Estado. Por ello veremos que los tres órganos del Estado que cumplen funciones específicamente legislativas, ejecutivas o judiciales, realizan simultáneamente, de una manera u otra, funciones aparentemente reservadas a uno solo de ellos. La función de control de la actividad del Estado, no puede tampoco ser ubicada en determinado órgano o “poder”. Si se observa el funcionamiento de los órganos del Estado llamados “poderes” se apreciará que no todo lo que hace el “Poder Ejecutivo” es ejecución, que no todo lo que realiza el Legislativo es legislación y que no toda la actividad del “Poder Judicial”, constituye “Justicia”. La función administrativa, que sí privara la idea de una separación estricta de “poderes”, correspondería sólo al “Poder Ejecutivo”, es compartida, por ejemplo, por el “Poder Legislativo” en numerosos aspectos. El presupuesto de ingresos y gastos, instrumento por excelencia de la Administración, es promulgado en forma de Ley por el “Poder Legislativo”. El “Poder Judicial”, realiza una actividad administrativa, como cuando efectúa actos de jurisdicción voluntaria. Numerosas funciones del “Poder Legislativo” tienen carácter de actividad ejecutiva, por ejemplo, la convocatoria de los órganos legislativos, la actividad reglamentaria, etc.

Dentro de una estricta teoría de la separación de poderes, el control de la actividad del Estado tendría que ser o administración, o legislación, o justicia, pero dentro de la idea de que el poder del Estado cumple sus cometidos mediante una división de funciones que no atiende al criterio de quién lo realice sino que sea lo que se hace, la función de control tiene un carácter autónomo, derivado del poder soberano de control anteriormente analizado.

La función legislativa no sólo es la que lleva a cabo el órgano legislativo o “Poder Legislativo”. La ejecutiva es realizada por órganos del Estado que no necesariamente deben pertenecer al “Poder Ejecutivo”. La función jurisdiccional no es tampoco exclusiva del “Poder Judicial”. Otro aspecto que revela lo inoperante que resulta la idea de la división de “poderes” o la división de funciones como labor exclusiva, delimitada de ciertos órganos, es el hecho de que numerosas actividades del Estado quedarían fuera de ubicación apropiada. Entre éstas pueden mencionarse la función electoral, la función de control, etc.

Fundamentar el control de la actividad del Estado en la división tradicional de funciones —legislativa, ejecutiva y judicial—, como un principio más lógico que el de la separación de los poderes, conduciría a tener que ubicarla, a pesar de sus características

propias y determinadas, como una función administrativa, legislativa, o judicial.

El Control como Autolimitación.

Repetidas veces, al estudiar la relación del control con las formas de los Estados y los sistemas de gobierno, se ha analizado el sistema absoluto, como la forma de gobierno opuesta por naturaleza al desarrollo del control de la actividad estatal, pero se reconocieron formas larvadas de control, sobre todo en cuanto se refería a la necesaria legitimidad del monarca. Igualmente, destacamos que existía una organización de control sobre los súbditos, principalmente en materia financiera, aunque naturalmente, en pro de los intereses del monarca como titular de la soberanía del Estado. Asimismo, se conocieron métodos de control, destinados a vigilar el correcto manejo del patrimonio común. Al analizar los más importantes aspectos de la evolución histórica del Control Fiscal, apreciaremos que durante la Monarquía, fue esta forma de control la que alcanzó el mayor desarrollo; y esto se explica por estar dirigido, fundamentalmente, al resguardo del patrimonio de la Monarquía que como se sabe, aparecía confundido con la Hacienda Pública.

Cuando el poder absoluto de los reyes comenzó a fraccionarse entre los sectores (Monarquías Limitadas) fueron surgiendo limitaciones aceptadas debido a diversas razones por el monarca y que constituían un control de la actividad administrativa del sistema absolutista. Pero, igualmente, el monarca ejercía un control sobre la actividad de los otros órganos como se vio en lo referente a la legislación y la justicia, cuya actividad, si bien es cierto, fue delegada parcialmente en otros sectores, no por esta autolimitación, el Absolutismo, dejó de vigilar, por diversos mecanismos, la marcha de las actividades encomendadas a los estamentos o al Parlamento. Cuando por la influencia de las ideas contractualistas del poder, las Monarquías europeas del siglo XVIII, comenzaron a darle beligerancia, por sentido de adaptación, al poder de los súbditos, surgió la autoregulación del poder, mediante un instrumento positivo, con el objeto de limitar de este modo lo que hasta entonces venía siendo un poder absoluto, y dotar de garantías a quienes con su consenso (teoría contractual del poder) habían llevado al poder al monarca, mediante un pacto. En Inglaterra adelantada a las demás naciones en esta materia, ya en 1688, mediante la Declaración de Derechos, se había determinado el límite preciso al poder absoluto. Esta evolución incruenta de la Monarquía inglesa hacia el constitucionalismo y el parlamentarismo ha de constituir la en modelo imitado por otras durante el siglo XIX. Pero en Inglaterra la autolimitación de los poderes monárquicos, más o menos presionada por la unión de la nobleza con el pueblo, venía evolucionando, con altibajos, desde 1215, cuando Juan sin Tierra acepta limi-

taciones, principalmente en materia financiera, y así en la Carta Magna, se establece que el rey no podrá crear impuestos sin el consentimiento del Gran Consejo.

Cuando en Francia en 1814 se restablece la Monarquía mediante la restauración borbónica, el Rey Luis XVIII. establece limitaciones al poder real, reservando para éste el “Poder Ejecutivo” con cierta ingerencia en la legislación como el derecho de veto. Luis XVIII crea el Parlamento con dos cámaras, y la Monarquía comienza a funcionar limitada por el Parlamento.

La Monarquía Constitucional y la Parlamentaria, cuando su creación por diferentes factores es obra del propio monarca, genera una autolimitación del poder que se traduce en un control de sus actuaciones y una moderación de sus potestades. Puede observarse en estas autolimitaciones una forma en evolución de lo que será el control de la actividad estatal en sentido general, pero lo relativo de su alcance, las cortapisas impuestas, y su mismo carácter de autorregulación decidida por el monarca, quien más de una vez eliminó sus modalidades, no permiten sustentar el origen del control de la actividad estatal en la autolimitación de poderes de los regímenes absolutistas.

La limitación de los “poderes”. La “separación de los poderes”, que según se vio anteriormente es inaplicable a los sistemas republicanos contemporáneos, inspiró la idea de que al distribuirse el Poder Público en tres “poderes” diferentes, éstos se limitaban entre sí, en el desempeño de las funciones estatales y trazaban entre unos y otros barreras infranqueables. Naturalmente que, interpretada la “separación de poderes” en forma tan extrema, uno de sus efectos principales era el de consagrar en tal forma la autonomía que hacía inconcebible que uno de ellos pudiera controlar la marcha de los otros. Dentro de esta interpretación estrecha de la teoría se dice que no puede haber libertad si no existe una separación entre el “poder” legislativo y el ejecutivo: “Todo estaría perdido si el mismo cuerpo de principales o de nobles o del pueblo ejercieran estos tres poderes; el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y controversias entre los particulares”. Se llega a afirmar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, que no tiene Constitución la sociedad en la cual no se determina dicha separación. Así entendida, esta teoría propugna que las tres tareas fundamentales deben ser recíprocamente independientes “de manera que al adoptar sus determinaciones, se hallen libres para resolver sin presiones, dentro del ámbito de su propia competencia”. Ningún órgano debe intervenir en la función que a cada uno se le confiere específicamente. Se establece la irrevocabilidad de las resoluciones emanadas de un órgano, por decisión de otros. De esta manera se asienta que por ninguna razón, podrá por voluntad de quien ejerce una específica

función, modificar, rechazar o dejar sin efecto la decisión emanada de otro órgano, en el ejercicio de sus facultades propias. La limitación del alcance de los “poderes”, entendida en esta forma aleja la posibilidad de que unos ejerzan sobre otros vigilancia sobre la corrección o legalidad de su actuación.

El Control como resultado del “Equilibrio de Poderes”. Entendido el principio democrático de la “separación de los poderes” como, de acuerdo con Hauriou debe entenderse, como una separación mitigada, un sistema ligado y equilibrado cuyo juego, constituye para el gobierno del Estado, una vida interior permanente y continuada al mismo tiempo que una garantía de la libertad, entonces si puede fundamentarse en él, el origen del control de la actividad del Estado en la forma en que hoy está establecido en los diferentes ordenamientos jurídico-políticos. Como hemos visto en otra parte, Maurice Hauriou en su obra “Derecho Político y Constitucional” sostiene que la auténtica interpretación de esta teoría no ha sido captada por sectores de la doctrina y aun de los ordenamientos jurídicos positivos. Para él Montesquieu insistió en la idea de que el comentado principio tenía por fin lograr “una disposición de las cosas mediante la cual el poder limite al poder”. Agrega Hauriou que Montesquieu pregonaba la idea de que los poderes deben tener “la facultad de moderar a los demás poderes”. Mas, constituye una eterna experiencia que todo hombre, que tiene el poder, tiende a abusar de él, mientras no encuentra límites. ¡Quién lo diría! ¡La virtud misma necesita límites! Para que no pueda abusarse del poder es necesario que por la misma disposición de las cosas, el poder limite al poder “.(Libro XI del Espíritu de las Leyes)”.

La teoría de la separación flexible de los poderes facilita la comprensión de su moderación recíproca. Para Hauriou, Montesquieu pensó en esta mutua moderación al expresar en la citada obra: “El Poder Ejecutivo, como hemos dicho ya, debe tomar parte en el legislativo, mediante la facultad de impedir (empêcher), sin lo cual sería pronto despojado de sus prerrogativas; pero si el poder legislativo toma parte en la ejecución, el poder ejecutivo se verá igualmente arruinado... Si el monarca participara en la legislación por la facultad de estatuir, no habría ya libertad. Pero como es preciso, sin embargo, que tenga una parte en la legislación para defenderse, es necesario que ejercite este derecho mediante la facultad de impedir (empêcher)”.

En otro lugar de su obra, al aceptar Hauriou la separación de los “poderes” como una garantía constitucional, establece que la separación consiste en que los poderes separados “se limiten, se controlen y se moderen recíprocamente”.

Entendida la limitación de los “poderes” entre sí como una recíproca moderación y control, no puede pensarse que haya estado en la mente de los propulsores de la teoría, dotar a uno de ellos de mayores facultades de control y moderación que los otros. Interpretada la separación de poderes como la delimitación rígida entre unos y otros, autónomos en toda su actuación, bien puede comprenderse que dentro de esta idea no cabe la interpretación de que un “poder” rija a otro, controlando su actividad y dictándole instrucciones.

Dentro de la tesis del equilibrio de “poderes”, cabe admitir que existe una recíproca cohibición de los diversos órganos del Estado. Cuando el poder legislativo expresado en una Asamblea, consta de dos cámaras éstas se limitan recíprocamente ya que una y otra deben intervenir solidariamente en la aprobación de las leyes. Pero no solo existe esta cortapisa, sino que el “poder” ejecutivo modera la amplitud del “poder” legislativo, mediante la aplicación del veto a las leyes promulgadas por éste. Esta idea de la separación relativa, traducida en un equilibrio entre los diferentes órganos, ha servido a la vez para que se opere el fenómeno de la preponderancia de unos órganos del Estado sobre otros. La separación relativa, con ingerencia de unos “poderes” en los otros, es hoy por hoy dominante. Para citar el país en donde la separación absoluta adquirió preponderancia, se observa que en Francia el “poder” Ejecutivo sanciona las leyes y el Legislativo tiene el derecho de aprobar los presupuestos que son la base de la labor administrativa del Ejecutivo. A raíz de la Revolución existía una notoria preponderancia del Ejecutivo. Durante el período siguiente a la restauración de los borbones, se interpretó que el Parlamento colaboraba con el rey, y aunque se consideraba como representación popular, se estimaba como una forma de gobierno real. En la actualidad el Ejecutivo interviene en la legislación, mediante la presentación de proyectos de leyes, promulgación, etc. El “poder legislativo” interviene en actividades administrativas.

El problema que se plantea desde el punto de vista histórico y jurídico-político es la determinación de sí en un momento dado o dentro de determinados sistemas, la función de control ha sido ejercida preponderantemente por parte de un sector o “poder” sobre otro. En el equilibrio de los “poderes”, bajo la idea de la separación relativa, cada uno de ellos tiene su campo de acción delimitado, no obstante, unos y otros deben colaborar entre sí para la obtención de los fines del Estado. Parte de esta colaboración recíproca se traduce en una mutua moderación y control de las actividades que cada uno ejerce. Aparentemente, el Legislativo, sobre todo por tener en ocasiones potestades constituyentes, se encuentra ubicado jerárquicamente en un lugar preponderante con respecto a los otros dos de la división tradicional. Entendida la

actuación del llamado “poder legislativo” como una función legislativa del Estado, veremos que ella es compartida con el “poder ejecutivo”. Cuando el “poder legislativo” actúa como Constituyente. en representación de la soberanía interna del Estado. es evidente que adquiere una innegable preponderancia sobre los otros dos “poderes” y rompe el equilibrio. Al sancionar la Constitución, traza las normas positivas fundamentales que, como es sabido siguen toda la actividad estatal y su organización. En el Texto fundamental se consagra entonces, la competencia de cada uno de los “poderes” y los límites de su actuación. Establece igualmente el grado de dependencia entre uno y otro y los mecanismos de control y equilibrio recíprocos. Dentro de la evolución política contemporánea, por influencia de los sistemas de partidos políticos y en atención al principio de la representación popular y al de las mayorías, los “poderes” se encuentran ejercidos, generalmente, por el mismo sector; pero si en la realidad existiera una verdadera separación, pronto se podría observar, como sucedió históricamente, que el grupo que domine el “poder legislativo” tomaría toda la preponderancia, ejercida a través de su función constituyente y deliberante. El poder constituyente y deliberante en manos del “poder” legislativo por voluntad de la soberanía popular expresada mediante el sufragio, ha sido llevado al primer plano. Dentro de una interpretación correcta de la teoría de la representación todos los “poderes” representan la voluntad soberana de la colectividad y nada justifica invertir a uno y otro de mayores potestades y de mayor competencia para moderar la actividad que en representación del pueblo, cumplen los otros. Como se sabe, el Poder Constituyente es el que determina las bases fundamentales del Estado, establece el sistema de gobierno, y señala la competencia de cada órgano y el alcance de las relaciones entre unos y otros. La función del Poder Constituyente en los regímenes democráticos no puede dimanar sino de la soberanía popular. La Constitución debe ser, entonces, reflejo de la voluntad del pueblo. El sistema de gobierno, la estructura del Estado y la jerarquía entre las funciones no puede ser sino la que en la actualidad la colectividad haya elegido o estime que debe establecerse. De ahí se explica porqué en algunas legislaciones, la Constitución y sus reformas deben ser aprobadas, una vez sancionadas por el órgano constituyente, mediante el referéndum del pueblo. En aplicación rigurosa de la teoría de los tres “poderes”, el poder Constituyente debe estar completamente separado del legislativo, ya que no se puede aceptar la idea de que es éste quien debe ejercerlo con preponderancia sobre los otros dos.

El Poder Constituyente no puede ejercerse arbitrariamente. Tiene que responder a las ideas colectivas del momento, que en las cosas fundamentales del Estado son de fácil captación a través del control ejercido por la opinión pública. Naturalmente que sí,

como sucede con frecuencia, el poder constituyente en regímenes de elección directa del “poder ejecutivo” y del “poder legislativo”, le da al Legislativo preponderancia o potestades de moderación y control sobre el Ejecutivo, debe interpretarse teóricamente, que ello obedece a la voluntad popular representada en el Poder Constituyente.

La preponderancia de un “poder” sobre otro, no puede servir de fundamento a la función de control, por cuanto en la casi totalidad de los sistemas de gobierno, todas las funciones del Poder Público, dirigidas al cumplimiento de los fines del Estado están distribuidas entre todos sus órganos, por voluntad del Poder Constituyente, que establece en la Constitución las normas positivas que rigen el ejercicio de una gran parte del Poder de Control. La función de control de la actividad estatal en sus aspectos positivos está consagrada por el Constituyente en la Norma Fundamental. Y como puede apreciarse se cumple en una forma equilibrada entre diferentes órganos del Poder Público la parte del poder de control que la colectividad ha delegado en sus representantes. La Constitución no estatuye la función de control de la actividad estatal sino parcialmente, ya que el poder contralor abarca aspectos más amplios que los que regula el poder constituyente.

Impugnación Jurisdiccional de los Actos de la Contraloría General de la República

Manuel Rachadell

I.— INTRODUCCION:

Conforme a la Constitución, “La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones” (Art. 236). Las atribuciones, así como la organización y funcionamiento de la Contraloría aparecían anteriormente definidas en el Título VI de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y, a partir de su entrada en vigencia el 4 de julio de 1975, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la Contraloría es un órgano de la República, es decir, carece de personalidad jurídica propia y sus actos son imputados a la persona jurídica a la cual pertenece. Tales actos, dictados en ejecución de normas de rango legal, son actos administrativos. De esta forma se configura la denominada “administración contralora”, a cargo de un órgano estatal dotado de autonomía funcional, la cual se manifiesta en la ausencia de sujeción jerárquica o de tutela frente a las distintas ramas de Poder Público, y en la atribución de facultades para organizar su régimen interno, incluso para dictar reglamentos internos, todo ello dentro de los límites establecidos en la Ley Orgánica que la rige, y para ejecutar su presupuesto de gastos.

Como órgano del Estado, la Contraloría está sometida al principio de legalidad y, en consecuencia, sus actos son susceptibles de ser controlados en cuanto a su conformidad con las disposiciones que definen la competencia de este órgano, por una parte, y por la otra, con las normas que definen los derechos y garantías de los ciudadanos.

En tal virtud, los actos generales que dicte la Contraloría deben enmarcarse dentro de las disposiciones de la Ley Orgánica que la rige y, además, en los preceptos constitucionales. En cuanto a sus actos individuales, a los cuales nos referiremos particularmente, el sometimiento no es sólo con respecto a las normas de rango legal y constitucional, sino también a las disposiciones generales (reglamentos) dictados por la misma Contraloría, ello en virtud del principio de la autovinculación de la actividad administrativa a los preceptos de carácter general emanados de la Administración.

En las líneas que siguen, analizaremos, en primer lugar, los mecanismos de impugnación jurisdiccional de los actos individuales de la Contraloría establecidos en las normas anteriormente vigentes y, en segundo lugar, los cambios introducidos en esta materia por la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

II.— LA IMPUGNACION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS INDIVIDUALES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA CONFORME A LA LEY ORGANICA DE LA HACIENDA PUBLICA NACIONAL.

En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, instrumento que regulaba la organización y actividad de la Contraloría General de la República se establecía que:

“Las decisiones del Contralor o de las Salas serán obligatorias para los empleados, funcionarios o particulares sobre quienes recaigan; pero los interesados podrán apelar de ellas dentro de los quince (15) días siguientes, contados a partir de la notificación por oficio de la providencia recaída, siempre que en la Ley no esté previsto un procedimiento especial, así: de las dictadas por las Salas para ante el Tribunal Superior de Hacienda; y de las dictadas por el Contralor de la Nación para ante la Corte Federal o para ante los Tribunales de lo contencioso administrativo que puedan crearse en lo futuro y a los cuales se les de esta atribución” (Art. 159).

A los efectos de nuestro análisis interesa considerar, por una parte, sobre cuales actos podían ejercerse estos recursos de “apelación” y, por la otra, cuál es la naturaleza jurídica de dichos recursos.

A) Actos de la Contraloría susceptibles de ser apelados para ante órganos jurisdiccionales.—

Conforme al artículo 159 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se establecía un sistema triple de apelaciones, así:

- a) De las decisiones del Contralor podía apelarse para ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, órgano éste que asumió la competencia en lo contencioso administrativo de la antigua Corte Federal, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Decimaquinta de la Constitución. Asimismo se preveía que de tales apelaciones podrían conocer los Tribunales de lo contencioso —administrativo que se crearan en el futuro y a los cuales se les diera esta atribución.
- b) De las decisiones dictadas por las Salas, podía apelarse para ante el Tribunal Superior de Hacienda.
- c) Contra las decisiones de la Sala de Examen relativas a los reparos formulados en aplicación de la Ley de Impuesto sobre la Renta y de su Reglamento, se mantuvo el recurso de apelación para ante el Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta.

Para que estas apelaciones fueran procedentes, debían llenarse los requisitos procesales de recurribilidad de los actos administrativos, esto es, que se tratase actos definitivos y no de mero trámite; que causaran estado por haberse agotado la vía administrativa y que no fueran actos firmes, es decir, que no se hubiera vencido el lapso de caducidad para impugnarlos.

De acuerdo a estos requisitos, en opinión de un autor patrio, serían recurribles los actos “dictados por el Contralor General de la República conforme con los artículos 152, 155 y 158 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y con el artículo 3° de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos” y con respecto a las Salas de la Contraloría “los actos de la Sala de Centralización dictados de conformidad con el ordinal 7° del artículo 165 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y los actos de la Sala de Exámen contemplados en los artículos 168, ordinales 6° y 13 y 419, ejusdem” (Vid: Allan-Randalph Brewer-C: “Estudio sobre los actos recurribles en vía contencioso-administrativa emanados de la Contraloría General de la República” en Control Fiscal y Tecnificación Administrativa, N° 37, 1965, Pág. 29 y 55).

A esta enumeración debía agregarse el recurso de apelación contra los reparos de la Sala de Exámen en materia de impuesto sobre la renta (Art. 136, Ord. 2° de la Ley de Impuesto Sobre la Renta) y el recurso de apelación contra el auto de culpabilidad administrativa pronunciado por la Sala de Control conforme al Ordinal 7°, del Artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual es apelable a tenor de lo decidido por nuestra jurisprudencia, pese al criterio contrario del autor citado.

B) Naturaleza Jurídica de las apelaciones contra los actos de la Contraloría.—

La denominación de “apelaciones” con que se designan los recursos antes examinados introduce elementos de confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de dichos recursos. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza esta expresión, en referencia a la actividad administrativa, como equivalente a la interposición del recurso jerárquico. En tal virtud, el superior jerárquico está facultado, sin necesidad de norma expresa que lo consagre, para examinar los actos administrativos de los subordinados, no solamente desde el punto de vista de la legalidad de los mismos, sino en cuanto a su conveniencia u oportunidad y en cuanto a la apreciación de los hechos en que se funda el acto. El problema se plantea cuando tal apelación se interpone para ser decidida no por un órgano administrativo jerárquicamente superior, sino por un órgano jurisdiccional. En tal supuesto, caben dos posibilidades: o bien se trata del denominado recurso **jerárquico impropio**, o bien estamos en presencia de un recurso contencioso administrativo de anulación.

El recurso jerárquico llamado impropio por algunos autores, existe sólo cuando lo consagra expresamente un texto legal y “no es propiamente un recurso administrativo, por cuanto no conoce de él una autoridad administrativa, sino un tribunal, y la decisión que sobre él recae no es un acto administrativo, sino una sentencia. Por otra parte, aún cuando ninguna disposición legal determina la extensión de los poderes de la Corte, al conocer de estas apelaciones, la Corte generalmente ha entendido que este recurso puede apoyarse, no sólo en consideraciones de legalidad, sino en razones de todo orden” (Eloy Lares Martínez: “Manual de Derecho Administrativo”. Tercera Edición. U.C.V. 1975, Pág. 674).

Algunos juristas han cuestionado la constitucionalidad de estas “apelaciones” porque en virtud de ellas los órganos jurisdiccionales asumen la función de superior jerárquico de los órganos administrativos, en el sentido de que la Corte Suprema u otro Tribunal no sólo aprecian la legalidad del acto, lo cual sería conforme con nuestro ordenamiento constitucional, sino que tienen facultades para entrar a considerar el mérito mismo del acto, es decir, para apreciar su conveniencia u oportunidad, independientemente de que haya o no infracción legal. Luego, en este supuesto, aparece configurada una interferencia del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, en abierta violación del precepto constitucional según el cual: “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias...” (Art. 118 de la Constitución).

El Profesor Lares Martínez explica la consagración de estas apelaciones en nuestro ordenamiento jurídico como una supervi-

vencia de mecanismos históricamente superados, así: “El recurso encaminado a obtener la nulidad de un acto administrativo por ilegalidad o abuso de poder y la excepción de ilegalidad, aparece en nuestro orden jurídico en la Constitución de 1931. Con anterioridad a la expresada Constitución, no existía norma alguna que consagrara la posibilidad de impugnar ante un tribunal un acto administrativo por inconformidad con el derecho, salvo que se tratara de violación de preceptos constitucionales. Las únicas vías abiertas en tal sentido eran las aludidas apelaciones ante la Corte, las cuales sólo pueden interponerse en virtud de disposición expresa de la Ley. Una vez consagrado el recurso de anulación por ilegalidad, que puede ser ejercido por infracción de cualquier norma jurídica, y durante el plazo de seis meses después de la publicación o notificación del acto, sería conveniente la eliminación de las referidas apelaciones. No ponemos en duda que, al organizarse debidamente el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, dichas apelaciones están llamadas a desaparecer” (op. cit., p. 675).

Ahora bien, en el caso que examinamos de la impugnación de los actos individuales de la Contraloría General de la República ante órganos jurisdiccionales no puede hablarse, en nuestro criterio, de la existencia de recursos jerárquicos impropios, sino de verdaderos recursos contencioso-administrativos. En efecto, aún cuando hay impropiedad en la terminología utilizada por el legislador al denominar “apelaciones” tales recursos, lo sustancial de la distinción radica, por una parte, en que el órgano jurisdiccional únicamente puede pronunciarse sobre la legalidad del acto impugnado y no sobre su mérito, y por otra parte, que el Juez solo tiene poderes para confirmar el acto o para anularlo total o parcialmente pero no para modificarlo conforme a su apreciación de los hechos.

En efecto, en lo relativo a los recursos contra las decisiones de la Sala de Examen en materia de impuesto sobre la renta, no existe ninguna duda que se trata de un recurso contencioso-administrativo que se ejerce ante el Tribunal de Apelaciones de Impuesto Sobre la Renta. En el Capítulo II del Título XII de la mencionada Ley se le denomina Recurso Contencioso Fiscal, y aún cuando en estas normas se utiliza, en ocasiones, la expresión “apelación” sostiene el doctor Allan Randolph Brewer —C: “la decisión del recurso por el Tribunal de Apelaciones del Impuesto se traduce siempre, cuando se declara con lugar la apelación, en una declaratoria de nulidad por ilegalidad del acto apelado. Cuando se declara sin lugar la apelación, la decisión constituye una confirmación, del acto administrativo apelado. Por último, cuando se declara parcialmente con lugar la apelación, la decisión constituye una anulación parcial del acto administrativo recurrido. El carácter de recurso contencioso-administrativo de anulación de esta apelación

es, en nuestro concepto, evidente”... (Las instituciones Fundamentals del Derecho Administrativo y la jurisprudencia Venezolana. U.C.V. Caracas, 1964, Pág. 449).

Igual carácter contencioso-administrativo tienen las “apelaciones” contra las decisiones del Contralor, las cuales son recurribles, conforme a las normas derogadas, para ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y contra las decisiones de las Salas de la Contraloría, reourribles para ante el Tribunal Superior de Hacienda. En el primer caso, el conocimiento del recurso está atribuido a la Corte Federal (hoy Sala Político-Administrativa) o a “los Tribunales de lo contencioso-administrativo que puedan crearse en el futuro y a los cuales se les de esta atribución”. Esta previsión bastaría por sí misma para corroborar que el legislador ha consagrado un recurso contencioso-administrativo y no un recurso jerárquico impropio. Por lo demás, las facultades de la Corte Suprema en este caso se limitan al control de la legalidad del acto recurrido y no a la apreciación del mérito del mismo, y su decisiones anulatoria o confirmatoria y en ningún caso modificatoria del acto. Los poderes de apreciar el mérito del acto y de modificarlo eventualmente, por ser implícitos a la función administrativa, no pueden estar a cargo de un órgano jurisdiccional a menos que una Ley expresamente lo consagre, y aún en este caso su constitucionalidad sería dudosa.

El Tribunal Superior de Hacienda, en la medida en que conoce de recursos contra decisiones de la administración, es también un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa. En la enumeración que hace el Dr. Lares Martínez de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa señala que “mientras se crean los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores de Hacienda conocerán de los recursos contra los reparos que formule la Contraloría General en los juicios de cuenta” (op. cit. pag. 681). Luego el Tribunal Superior de Hacienda, además de su función represiva contra las infracciones a las leyes fiscales en que incurran los contribuyentes, tiene como atribución el mantenimiento de la legalidad de las decisiones de la Administración Contralora.

III.— EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS INDIVIDUALES DE LA CONTRALORIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.—

En el nuevo instrumento legal que organiza y define las competencias de la Contraloría General de la República, se regula, entre otras materias, el régimen de los recursos internos y los mecanismos de impugnación jurisdiccional de algunos actos individuales de la Contraloría. En relación al primer aspecto, se aclaran

muchas de las dudas que suscitaba la normativa anteriormente vigente referente a los recursos de reconsideración y jerárquico, y se define un nuevo recurso, con características muy peculiares, el recurso de revisión.

En lo relativo al Control Jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Contraloría, se suprime el término “apelación” que había introducido tantas confusiones y se remite a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las impugnaciones contra los actos de la Contraloría en los que se haya agotado la vía administrativa. En tal virtud, la nueva Ley se acoge a la orientación propugnada por el Profesor Lares Martínez en el sentido de eliminar las apelaciones ante los órganos jurisdiccionales y de definir debidamente un sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa. En todo caso, como en esta Ley no se regula específicamente la materia de lo contencioso-administrativo, subsisten algunas dudas que sólo podrían disiparse cuando se dicte la Ley que organice esta jurisdicción.

A) Los recursos contencioso-administrativos consagradas en la nueva Ley.

Conforme al artículo 103 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República “contra la decisión de la Contraloría que confirme o reforme el reparo, se podrá ejercer el recurso de plena jurisdicción por ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro del término de cuarenta y cinco días contínuos, contados a partir de la fecha de la notificación. En el conocimiento de este recurso el Juez podrá examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad objeto del reparo”. Asimismo se establece en el artículo 116, ejusdem, que “mientras se crean los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores de Hacienda conocerán de los recursos contra los reparos...”

Las anteriores disposiciones se refieren a “los reparos que se hagan a las cuentas de ingresos en casos de error en la calificación de la base imponible o en los aforos, deficiencias en las declaraciones de los contribuyentes, falta de liquidación de ingresos causados, errores en la liquidación de ingresos, falta de pago de los ingresos liquidados, omisión de sanciones pecuniarias u otros incumplimientos de las leyes fiscales, así como en los reparos a las demás cuentas.....” (Art. 50, ejusdem).

La calificación de recurso de plena jurisdicción que hace la Ley en relación a la impugnación de los reparos antes señalados nos parece errónea, pues en la realidad se trata de un recurso contencioso-administrativo de anulación por ilegalidad. En efecto, se trata de una acción contra un acto administrativo, que debe con-

cluir con una confirmatoria o con una anulación total o parcial del acto recurrido, pero nunca con una condenatoria a la República de pagar sumas de dinero, de reparar daños y perjuicios causados por la actividad administrativa o de restablecer situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. Por lo demás, el procedimiento establecido en la Ley que examinamos, y en particular el lapso de caducidad para intentar el recurso, así como el efecto “erga omnes” y no “inter partes” de la decisión, nos indica que se trata de un recurso de anulación y no de plena jurisdicción como lo califica la Ley. Esta denominación se debe, probablemente, al deseo del Legislador de insistir en las facultades que asigna al Juez de “examinar todas las circunstancias determinativas de la responsabilidad objeto del reparo”. Sin embargo, creemos que tal amplitud de poderes no puede conducir al Juez a pronunciarse sobre la conveniencia u oportunidad del acto recurrido ni a modificarlo, pues ello convertiría al órgano jurisdiccional en un superior jerárquico y transformaría al recurso contencioso-administrativo en una “apelación”, que es precisamente lo que busca erradicar el nuevo instrumento legal a que nos referimos.

En lo relativo a las controversias entre el Fisco y los contribuyentes con motivo de los reparos que formule la Contraloría General de la República en aplicación de la Ley de Impuesto sobre la Renta y de su Reglamento, se mantiene expresamente en vigor el recurso contencioso-fiscal para ante el Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta (Art. 116, aparte único de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

En cambio, la Ley citada evita todo tipo de pronunciamiento sobre los recursos contra los autos de responsabilidad administrativa pronunciados por la Contraloría. Por tal razón, consideraremos este aspecto en particular, a los efectos de determinar cuál es el régimen de impugnación de estos actos de la Contraloría General de la República.

B) La impugnación jurisdiccional de las decisiones de la Contraloría en materia de responsabilidad administrativa.

En el Artículo 81 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se consagra la facultad de este órgano para “realizar investigaciones en todo caso en que surgieren indicios de que funcionarios públicos o particulares que tengan a su cargo o intervengan en cualquier forma en la administración, manejo o custodia de bienes o fondos de las entidades sujetas a su control, hayan incurrido en errores, omisiones o negligencias”. Conforme al artículo 82, ejusdem, la averiguación “terminará por un auto de sobreseimiento, de absolución o de responsabilidad administrativa, según el caso” y en los artículos subsiguientes se determina el procedimiento a seguir.

Conforme al Artículo 95 del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, dictado por ante este órgano el 22 de abril de 1975, “La Dirección de Inspección y Fiscalización tendrá competencia para realizar cualesquiera de las investigaciones a que se refiere la Ley” y en la Resolución Organizativa No. 3, sobre la “Organización y Funcionamiento de la Dirección de Inspección y Fiscalización” del 23 de abril de 1975, dictada por el Contralor General de la República, se dispone que dentro de esta Dirección funcionará la “Oficina Nacional de Averiguaciones Administrativas”, a cargo de un Contralor Delegado, la cual cumplirá sus atribuciones a través de las Salas que determine el Contralor. Estas Salas estarán a cargo de un Abogado Fiscal Jefe y tendrán, entre sus funciones, la de “formar los expedientes de las averiguaciones administrativas que tramite y dictar, previa consulta al Contralor, al Director General, al Director o al Contralor Delegado, según se determine, los autos de sobreseimiento, de absolución de responsabilidad” (Art. 10, numeral 3).

En tal virtud, es el Abogado Fiscal Jefe quien tiene a su cargo pronunciar la declaratoria de responsabilidad administrativa, el cual puede, “de oficio o a petición de parte, considerar sus decisiones por razones de legalidad o de mérito” (Art. 96 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). Por otra parte, a los fines de agotar la vía administrativa, el interesado puede interponer recurso jerárquico para ante el superior inmediato del funcionario cuyo acto se impugna, dentro de los diez días contínuos a la fecha de su notificación (Art. 99 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dictado por el Presidente de la República mediante Decreto 867 del 22 de abril de 1975). En el supuesto que examinamos, el superior jerárquico del Abogado Fiscal Jefe es el Contralor Delegado Jefe de la Oficina Nacional de Averiguaciones Administrativas. En la práctica, este recurso jerárquico carece de toda importancia puesto que la decisión del Abogado Fiscal Jefe ha debido ser consultada con el Contralor Delegado mencionado, así como con el Contralor, el Director General de la Contraloría y el Director de Inspección y Fiscalización, conforme a las disposiciones antes transcritas. El único efecto de este recurso es el de producir el agotamiento de la vía administrativa.

Ahora bien, es necesario determinar, por una parte, si esta decisión que agota la vía administrativa es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por la otra, en caso de ser recurrible, cuál es el órgano de dicha jurisdicción al que corresponde el conocimiento de este recurso.

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas sostiene el doctor Allan Randolph Brewer —Carías que la declaratoria de culpabilidad administrativa no es un acto definitivo, sino prepa-

ratorio, que “no produce efectos jurídicos respecto al funcionario: será el acto administrativo de la Administración activa que aplique la sanción disciplinaria, según su libre apreciación de la gravedad, el acto definitivo y que producirá efectos frente al funcionario”. (Vid. “Estudio sobre los actos recurribles”. cit. p. 60). Sin embargo, bajo la vigencia de las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional sobre esta materia, los Tribunales Superiores de Hacienda consideraron que sí eran recurribles tales actos, por tener carácter definitivo y no meramente preparatorio. Ahora bien, si en aquél momento era discutible la recurribilidad de los autos de culpabilidad administrativa, desde la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa tal polemica carece de sentido. En efecto, se dispone en esta Ley que son causales de destitución: “condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República” (Art. 61, Ord. 5º). Por otra parte, conforme se desprende de la Ley Orgánica de la Contraloría, el superior jerárquico tiene la obligación de aplicar sanciones al funcionario declarado responsable en lo administrativo. Así, en el artículo 84, ejusdem, se establece que: “una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría, La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados”.

Por lo demás, aún cuando el superior jerárquico del funcionario inculcado no aplique la sanción de destitución prevista en la Ley, la declaratoria de la Contraloría constituye un señalamiento que causa un daño irreparable en la hoja de servicios del funcionario, lo perjudica en su carrera y lo expone al odio y al desprecio público. Luego, es evidente que la declaratoria de responsabilidad administrativa si tiene efectos jurídicos “per se” frente al funcionario. Por lo tanto, tiene la naturaleza de un acto definitivo y, en consecuencia, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se ha agotado la vía administrativa y el acto no ha quedado aún definitivamente firme por no haberse vencido los lapsos para impugnarlo.

Queda pendiente la cuestión de cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de este recurso. Como ya se ha señalado, antes de la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría, el Tribunal Superior de Hacienda conocía “en apelación” de las

decisiones de las Salas de la Contraloría. Este recurso de “apelación” se suprime en la nueva Ley y se establece como principio que “mientras se crean los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores de Hacienda conocerán de los recursos contra los reparos”. Ante el silencio de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en relación a las decisiones sobre responsabilidad administrativa caben dos posibilidades: en primer lugar, que a falta de designación legal se atribuya esta competencia a la Corte Suprema de Justicia, y en segundo lugar, que se considere que el órgano jurisdiccional encargado de velar por la legalidad de los actos de la Contraloría, a falta de señalamiento expreso, es el Tribunal Superior de Hacienda.

En nuestro criterio la segunda solución es la correcta en virtud de que:

- a) La Corte Suprema de Justicia no tiene atribuciones para conocer en primera instancia de los recursos contra los actos de la Contraloría. En el ordinal 7º del Artículo 215 de la Constitución se le da competencia a la Corte para “declarar la nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente”. Sin embargo, no puede considerarse que la Contraloría forma parte del Ejecutivo Nacional.
- b) El hecho de suprimirse el recurso de “apelación” contra las decisiones del Contralor para ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, y la circunstancia de atribuirse el conocimiento de los recursos contra los reparos al Tribunal Superior de Hacienda, autoriza a pensar que en la nueva Ley se ha previsto, como principio general, que sea éste órgano el competente para conocer de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra los actos de la Contraloría, a falta de señalamiento expreso en esta materia. En tal virtud, el recurso contencioso fiscal que se propone ante el Tribunal de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta, tiene un carácter excepcional puesto que se refiere a un tipo de reparo cuya impugnación no es planteada ante el Tribunal Superior de Hacienda.
- c) Puede considerarse, por vía de analogía, que la declaratoria de responsabilidad administrativa es un tipo de reparo a la actuación del funcionario inculpado. Consecuencialmente, los recursos contra este acto deben deducirse ante el Tribunal Superior de Hacienda.
- d) De admitirse que los recursos contra los autos de responsabilidad administrativa se daluciden ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativo, ello conduciría al absurdo de que ciertos actos de la Contraloría, como son los

reparos, sean recurribles ante el Tribunal Superior de Hacienda, mientras que otros, como los declaratorios de la responsabilidad administrativa, lo sean ante la Corte Suprema de Justicia, sin que ninguna razón lo justifique. En efecto, los actos mencionados en último lugar no tienen una jerarquía especial en relación a los demás actos de la Contraloría, antes por el contrario, son pronunciados por un funcionario de cuarto nivel en la pirámide jerárquica de este organismo.

- e) Por otra parte, conforme lo dispone el artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (in fine): “En los casos en que a través de la referida averiguación se determinaron irregularidades en el manejo de fondos y bienes, o en la rendición de cuentas, se lo participará al correspondiente departamento de la Contraloría para que se inicie el procedimiento de reparo, si fuere el caso”. Luego, si por unos mismos hechos es procedente dictar auto de responsabilidad administrativa e iniciar el procedimiento del reparo, los recursos jurisdiccionales contra ambas decisiones, producidas por unos mismos hechos, no deben ventilarse ante Tribunales diferentes.

- f) El Título X de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, relativo a “la Administración de Justicia en materia de Hacienda”, aún vigente, establece como Autoridades y Tribunales Competentes en esta materia, entre otros, a la Corte Suprema de Justicia y al Tribunal Superior de Hacienda (Art. 272). En el artículo 273 de la Ley citada se definen las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de Hacienda y se le asigna el conocimiento de las apelaciones y recursos de hecho, contra las decisiones del Tribunal Superior de Hacienda. Este Tribunal, por su parte, tiene entre sus atribuciones, la de “conocer de los juicios de cuentas, conforme a la Ley”. (Art. 278, numeral 2º, ejusdem).

El juicio de cuentas previsto en estas normas no constituye un recurso contencioso-administrativo sino que es un procedimiento incoado por la Administración contra un empleado, con ocasión de los cargos que resulten del exámen de sus cuentas. Ahora bien, este procedimiento resultó suprimido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República al derogarse expresamente las disposiciones que consagraban el juicio de cuentas. En el Capítulo V del Título III de esta Ley se dispone que la Contraloría se limitará a formular el reparo a las cuentas de los funcionarios y, si el mismo queda firme, el Ejecutivo Nacional procederá a gestionar el cobro administrativo o judicialmente por tratarse de una decisión que tiene el carácter de título ejecutivo. En el Capítulo II del

Título VIII de la nueva Ley se consagran los recursos contra los reparos, tanto de carácter interno, como de índole jurisdiccional. En relación a estos últimos, se prevé un recurso de plena jurisdicción (que en nuestra opinión debe ser de anulación por ilegalidad) por ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, el cual se ejercerá, mientras éstos se crean, ante los Tribunales Superiores de Hacienda. Por lo demás, en el juicio que intente el Ejecutivo Nacional para hacer efectivo el cobro, se permite al ejecutado que oponga, además de las excepciones de derecho común, todas las relativas a la legalidad del acto (Art. 52, ejusdem). En esta oportunidad, aún cuando haya sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la legalidad del acto, se reabre la discusión sobre este aspecto. Pensamos que esta doble oportunidad de ventilar la legalidad de un acto administrativo individual es innecesaria e inconveniente.

Como puede observarse, al suprimirse el juicio de cuentas, los Tribunales Superiores de Hacienda dejan de conocer de las acciones de la Contraloría, a través de su abogado, contra los funcionarios cuyas cuentas son objeto de un reparo, y en cambio se atribuye a estos Tribunales al conocimiento de las impugnaciones que intenta el funcionario contra la decisión de Contraloría en virtud de la cual se le formula el reparo. Con ello, el Tribunal Superior de Hacienda se transforma definitivamente en un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, encargado de velar por la legalidad de los actos de la Contraloría, excepto en los casos en que esta función esté expresamente atribuida a otro Tribunal.

Los argumentos expuestos reafirman nuestro criterio de que las declaratorias de responsabilidad administrativa pronunciadas por la Contraloría son recurribles en vía contencioso-administrativa, en primera instancia, ante los Tribunales Superiores de Hacienda y no ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Resta por analizar el ámbito temporal de aplicación del sistema contencioso-administrativo establecido en la nueva Ley que comentamos.

IV.— LA VIGENCIA TEMPORAL DE LOS RECURSOS JURISDICCIONALES PREVISTOS EN LA LEY ORGANICA DE LA CONTRALORIA.—

La nueva Ley de la Contraloría fué promulgada el 4 de enero de 1975 y su entrada en vigencia fué diferida para seis meses después de su promulgación. Es evidente que los recursos jurisdiccionales que se intenten contra las decisiones de la Contraloría después de la entrada en vigencia de esta Ley deben ceñirse a las normas procesales establecidas en la misma. En tal virtud, desde el 4

de julio de 1975 no es admisible ninguna “apelación” contra las decisiones de la Contraloría, sino que es necesario intentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo, cuando estén dados los requisitos de recurribilidad de los actos que se impugnen.

Cabe, sin embargo, interrogarse sobre cuáles son las normas aplicables a los procesos en curso para el momento de la vigencia de la nueva Ley. En el artículo 44 de la Constitución se establece que “...Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso...” Una interpretación apresurada de este precepto puede conducir a resultados absurdos y a la negación del derecho a la defensa consagrado en la misma Constitución. En efecto, si las apelaciones que cursaban ante los Tribunales Superiores de Hacienda en relación a reparos o a autos de culpabilidad administrativa pronunciados por la Contraloría, dejan de tener sustentación legal, ¿debe por ello considerarse que la nueva Ley niega este recurso anteriormente consagrado y obliga a los interesados a interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente? En la mayoría de los casos ya se ha vencido el lapso de cuarenta y cinco días contados a partir de la notificación para intentar los nuevos recursos, por lo cual esta tesis consagraría un estado de indefensión para los interesados.

En fecha 20 de diciembre de 1945 la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, se pronunció sobre la interpretación del artículo 94 de la Constitución entonces vigente, concebido en términos iguales a la norma constitucional que comentamos y dejó sentado que: “Respecto al principio de la irretroactividad de la Ley la Corte hace estas consideraciones: El artículo 3º del Código Civil, lo expresa así: “La Ley no tiene efecto retroactivo”. Como se ve, tanto la disposición constitucional como la legal extiéndense así al Concepto de la Ley sustantiva como al concepto de la Ley adjetiva. Por manera que en ellas queda establecida por igual la irretroactividad de la Ley procesal, bien que esta ley sea de derecho público, y salvo las excepciones provenientes de legítima interpretación. Por manera que la nueva Ley procesal ha de respetar los hechos y los actos realizados bajo el imperio de la Ley derogada, lo cual significa, en buena doctrina, que los efectos procesales del acto o del hecho ya consumado que todavía no se hayan cumplido serán también regulados por la Ley antigua porque de otro modo la nueva sería en realidad retroactiva, excepto que la Ley nueva los detenga o varíe expresamente sin menoscabo de derechos adquiridos... El problema de la aplicabilidad de la Ley nueva a los procesos pendientes, que ocasiona de suyo graves complicaciones es resuelto general y prácticamente por el legislador mismo mediante disposiciones transitorias. Pero éstas no existen en la Ley nueva en refe-

rencia y ello hace más razonable y jurídica la aplicación del expresado principio de la irretroactividad”. (Memoria de la C.F.S.-S.F.M. 1946, pp. 311-313. cit. por Allan R. Brewer-Carías: “Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y estudios de Derecho Administrativo”. Tomo I. Instituto de Derecho Público U.C.V. 1975 p. 249 y ss).

Adherimos totalmente a las tesis sustentada por nuestro máximo Tribunal en esta sentencia y consideramos, en consecuencia, que las “apelaciones” contra las decisiones de la Contraloría General de la República que cursaban ante los Tribunales Superiores de Hacienda para el momento de entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Contraloría deben sustanciarse y decidirse conforme a las normas procesales sobre la materia consagradas en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, pues de lo contrario se estarían atribuyendo efectos retroactivos a la Ley Orgánica de la Contraloría y se estarían violando derechos adquiridos por los recurrentes.

En todo caso, es de lamentar que mediante disposiciones transitorias no se hubiera consagrado esta interpretación, tal como lo aconsejaba la buena técnica legislativa. Así, en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 5 de noviembre de 1948, en virtud de la cual se cumplió el mandato constitucional de nacionalizar la justicia y se suprimió la tercera instancia y las Cortes Supremas de los Estados, se consagró, mediante disposiciones transitorias, que “Los Juicios y demás negocios que se encuentren en las Cortes Supremas por apelación o consulta y que no hubiesen sido aún sentenciados o resueltos, pasarán al conocimiento de las Cortes Superiores de las respectivas jurisdicciones...” (Octava Disposición Transitoria); y asimismo que “si al entrar en vigor esta Ley, se hubiesen ya interpuesto contra las sentencias de las Cortes o Juzgados Superiores recursos de apelación, las Cortes Superiores los proveeran...” (Novena Disposición Transitoria).

Tenemos claro que frente a la modificación de situaciones jurídicas generales que haga el legislador no pueden alegarse derechos adquiridos; pero no es menos cierto que cuando ya se ha interpuesto un recurso consagrado en una Ley, si tal recurso se suprime por una reforma legal, debe proveerse sobre el recurso intentado antes de la vigencia de la nueva Ley, si no se quiere incurrir en denegación de justicia por aplicación retroactiva de la Ley que suprime el recurso. Este principio es tan evidente, que su falta de consagración en una disposición transitoria no impide su aplicación. En sentido contrario, si se aplicara un criterio diferente, ello nos conduciría a situaciones absurdas y a la negación del derecho a la defensa consagrado en nuestra Constitución como uno de los principios generales que conforman nuestro sistema jurídico.

El Nuevo Derecho Administrativo de las Organizaciones Subregionales

EL PACTO ANDINO

Enrique Silva Cimma

Profesor Extraordinario de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Ex-Contralor General de la República, Ex-Presidente del Tribunal Constitucional.

I. El Derecho de la Integración. Derecho Comunitario

1. Antecedentes Generales

El 26 de mayo de 1974 el Acuerdo de Cartagena, que dió nacimiento al llamado “Pacto Andino”, cumplió cinco años de vida. La fecha parece propicia para entregar estas aportaciones sobre lo que puede ser el nuevo derecho de la integración o derecho comunitario y, específicamente en cuanto concierne a nuestra especialidad, el “nuevo derecho administrativo subregional andino”.

Tradicionalmente el jurista y los estudiosos del derecho han acostumbrado a dividirlo con finalidades no sólo históricas sino que propedéuticas en derecho nacional o interno e internacional o externo y ambos, con fundamentos de la misma índole, se han subdividido en público y privado respectivamente.

Decimos que esos criterios de distinción son esencialmente pragmáticos e históricos, porque siempre hemos sostenido que el derecho como conjunto de normas que regulan la vida de relación está notablemente interpenetrado, lo que, en ningún caso, quita relevancia a estas distinciones y diferenciaciones de que secularmente ha sido objeto.

Con todo estas diversas ramas del derecho admiten características generales comunes desde el punto de vista de su generación.

En efecto, el derecho externo se genera por la intervención de los órganos institucionales de dos o más Estados que por la vía de los tratados, con sus mecanismos internos de retificación, crean las normas: ya públicas, cuando están destinadas a regular las relaciones entre Estados; ya privadas, cuando se refieren a las vinculaciones de los particulares de un Estado frente a otro Estado, o de los particulares de distintos Estados, en ciertos casos.

El derecho interno, por su parte, se gesta por la vía de los mecanismos propios de un Estado y será público si las normas creadas están destinadas a regular las relaciones de los órganos del Estado entre sí, o de estos con particulares cuando aquellos actúan dotados de imperio. En el primer evento nos encontraríamos en presencia del derecho constitucional y en el segundo, del derecho administrativo. Será privado, en fin, si se encamina a regular las relaciones entre particulares.

Estas nociones tan simples nos llevan entonces a precisar que el derecho—administrativo—derecho nuevo, como siempre se ha acostumbrado a decir, ubicando su cuna con posterioridad a la Revolución Francesa— y con todo antiguo al razonado juicio de Enterría cuando sostiene que siempre han existido administraciones y normas por las que ellas se han regido (1), abarca diversos campos: creación y regulación de los órganos administrativos, regulación de la actividad de esos órganos; determinación de las atribuciones y deberes de éstos para con los administrados.

Y cosa curiosa, en todos estos distintos campos que se materializan en las fuentes de esta disciplina, en el análisis de la acción de los servicios y órganos públicos, de sus agentes, de sus actos, del régimen de sus bienes y patrimonio, de su responsabilidad, del contencioso derivado de aquellos actos, etc., es dable observar una característica que hace que, estando también intepenetrado —Como disciplina jurídica que es— difiera de los otros, aún del derecho político o constitucional, llamado también derecho un punto esencial: Esta disciplina coloca al Estado y a sus órganos en un sitio de preferencia frente a los particulares o administrados. Este es un principio indiscutible analizado objetivamente. Como quiera que sea el

(1) Eduardo García de Enterría. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Cuadernos Taururs. 1972.

sistema político que impera en un Estado, o los criterios económicos que determinan su acción, sea un Estado socialista o uno intervencionista, o uno imbuido de principios puramente individualistas o liberales, es lo cierto que su derecho administrativo estará marcando un conjunto de normas de privilegio de aquél —como personero o representante del interés público o del bien común— respecto de los administrados. De otra manera nos veríamos abocados a la anarquía. Todo ello no significa por cierto que estemos predicando el derecho de la arbitrariedad puesto que se trata de una disciplina jurídica de regulación.

Pues bien, este derecho administrativo así concebido, se genera institucionalmente mediante la creación de normas por los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y sus fuentes serán de esa manera positivas y jurisprudenciales, aparte de las doctrinarias que necesariamente las complementan.

En estos términos, el derecho administrativo es y será siempre derecho interno en tanto en cuanto nace con la ley, con los reglamentos, con los decretos y resoluciones de los parlamentos así como de los órganos administrativos y jurisdiccionales dentro del Estado y destinados a regir para cada Estado.

2. El caso de las Organizaciones Subregionales. Objetivos esenciales de la integración subregional Andina.

En la época contemporánea sin embargo, los Estados, llevados en muchos casos por necesidades vitales de protección universal y más recientemente por finalidades de tipo económico social, han procedido a crear órganos supranacionales o multinacionales con poderes propios de decisión que obviamente exceden el ámbito territorial y jurídico de los mismos y se internan dentro de cada uno de ellos para impactar sorprendentemente con sus efectos, que no son efectos emanados de los órganos propios del Estado respectivo, sino de órganos externos.

Este es, en términos simples el fenómeno de la integración que en esta ocasión nos interesa analizar como proceso específico subregional latinoamericano y más en especial como organización subregional andina derivada del llamado “Acuerdo de Cartagena”.

¿Porque, para qué se creó esta estructura subregional? Es evidente que toda integración, es decir, toda sumisión de Estados a principios conjuntos de aplicación común e igual en todos ellos persigue o puede perseguir distintas finalidades, ya sean éstas económicas, sociales, educacionales y aún políticas y puede revestir distintas formas, desde la unión aduanera hasta la zona de libre comercio en una concepción si se quiere primaria, hasta las llamadas modalidades superiores de integración que persiguen la libre circulación de bienes y factores de la producción

tales como personas, servicios, capitales, hasta culminar en la creación de un mercado común.

En el caso particular de América Latina ¿Qué se ha perseguido con la integración y especialmente con la integración subregional andina? Una finalidad bien concreta: terminar con el subdesarrollo y elevar el nivel de vida de los pueblos integrados en el Pacto Andino.

Al hacer este estudio no podemos dejar de tener presente que Latinoamérica se caracteriza en general por su desintegración social, materializada en pobreza y en vastos sectores poblacionales marginados política, social, cultural y económicamente. Esta característica no es por cierto ajena, en mayor o menor medida, a los países que se cobijan en el Pacto Andino.

No otra que ésta es entonces su finalidad. De allí que los objetivos del Pacto sean esencialmente económicos, sociales y culturales. Está claro que en un sistema integracionista de este tipo habrá siempre subyacente un fenómeno político tanto pre-integrativo como post-integrativo; uno y otro requieren de la formación de una conciencia nacional e internacional y el presupuesto de que no sólo los gobernantes sino que los gobernados comprendan que es imperativo e impostergable crear esta clase de órganos supranacionales en función del interés común de los pueblos integrados.

Naturalmente que en América Latina han existido y existen distintas iniciativas integracionistas desde la Centroamericana, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio o ALALC, surgida el 1º de junio de 1961, hasta el Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, suscrito el 26 de mayo de 1969. A nosotros nos interesa especialmente este último y particularmente porque en torno o con ocasión de ese Pacto, ha surgido un nuevo derecho administrativo subregional.

Es cierto que la integración latinoamericana, más nueva y por lo tanto menos desarrollada que la europea, no tiene el grado de evolución de ésta, que rige desde enero de 1958 y que descansa en una concepción dinámica y moderna de la soberanía que aún no logra adentrarse cabalmente en los Estados Latinoamericanos. Con todo, pretendemos demostrar que mucho se ha avanzado a este respecto en los últimos años.

3. Materialización de las iniciativas integracionistas y acción de sus órganos.

Pues bien, todas estas iniciativas nacen de tratados o acuerdos suscritos por varios Estados que generan distintos

órganos, ya sean éstos Secretarios Ejecutivos, Comisiones o Juntas. Estos órganos tienen una característica común. No son órganos internos de un Estado. Son creados por la concurrencia de voluntades de todos los Estados que suscribieron el tratado o acuerdo, pero jurídicamente son distintos de cada uno de ellos. Es por eso que adquieren una personalidad jurídica y supranacional propia.

Estos órganos, por cierto, actúan, y al actuar dictan normas, deciden, ejecutan, resuelven y aún fiscalizan. Es decir, crean derecho, aplican derecho y controlan el cumplimiento de esas normas de derecho, y no sólo de las creadas por ellos mismos sino que también por los Estados que los generaron y que han debido dictar múltiples preceptivas en cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud al tratado y para la eficaz acción de los órganos que de él emanan.

Nace así entonces una duplicidad de normas: primero, las dictadas por los órganos supranacionales y destinadas a regir dentro del ámbito espacial del acuerdo subregional; y segundo, las complementarias de aquellas, dictadas por cada Estado miembro y destinadas a procurar su eficacia dentro del respectivo Estado.

A su vez, las características de la actividad de los órganos subregionales dependerán de la naturaleza de aquella. Así, mientras dicten normas generales de vigencia en todo el territorio subregional, podrá decirse que legislan; en cuanto deciden o ejecutan, administrarán en términos amplios, y en cuanto fiscalizan, realizarán actividad de contralor, jurisdiccional o no según la naturaleza y modalidades de esa fiscalización. Y vamos llegando así, como podrá verse, al terreno propio del derecho administrativo.

De todos modos, en esta actividad multifacética hallaremos siempre un rasgo común que le imprime carácter: ella nace, se realiza, encamina y está destinada a regir en el territorio de todos los Estados contratantes, aún cuando no emane de sus propios órganos sino que de entidades externas.

4. El derecho Administrativo Subregional

No cabe pues duda que deberemos contestar afirmativamente a la interrogante de si esa actividad se concretiza en derecho o normas de derecho que, por razones obvias, será notablemente interpenetrado si se le quieren aplicar los cánones tradicionales de distinción a que antes hiciéramos referencia, y ello por la

naturaleza misma, de índole compleja, de los fines que está llamado a satisfacer.

Pues bien, pensamos que ese derecho subregional será administrativo si cae dentro de los campos o ámbitos que corresponden a las materias de esta disciplina jurídica. Podemos afirmar también, que existe un nuevo derecho administrativo subregional distinto del derecho nacional del mismo nombre y ello por las siguientes razones:

- a) Porque nace con la creación de órganos autónomos que no son estatales ni para estatales, sino que supraestatales, con fines propios independientes de los de cada Estado miembro del Pacto suscrito, y con independencia e individualidad jurídica —en cuanto sujeto de derecho también propias.
- b) Porque dichos órganos adquieren una competencia propia supranacional, es decir, una aptitud y capacidad para obrar en cuanto órganos comunitarios decidiendo erga omnes respecto a relaciones exteriores o asuntos internos de cada Estado;
- c) Porque a su amparo nace una “Administración Pública Especial” supranacional y debe formarse una conciencia integracionista también especial en las Administraciones internas de cada Estado;
- d) Porque surge un patrimonio público especial y supranacional de bienes.
- e) Porque estos órganos van a emitir decisiones y resoluciones administrativas de naturaleza sui generis, de efectos supranacionales en cuanto están destinadas a regir a los órganos de ese carácter, en si, o que serán vinculantes para los Estados miembros y proyectarán sus efectos en el territorio nacional de cada uno de ellos;
- f) Porque, por esencia, paralelamente a esos actos y por razones de eficacia del sistema, surgirá un contencioso administrativo supranacional, y
- g) En fin, porque de todo este andamiaje nacerá o podrá nacer una responsabilidad tanto de los órganos supranacionales como de los Estados miembros, que será similar a la responsabilidad regida por los principios del derecho administrativo.

Pero en el caso que nos preocupa y en razón de los fines que el Pacto persigue, con tanto mayor razón podremos hablar de un derecho administrativo subregional económico, social y cultural. Así entendido, este derecho administrativo subregional viene a ser una rama del derecho comunitario de la integración, que dice relación con la creación y estructura de los órganos comunitarios, con su actividad, con la regulación de sus agentes, con su responsabilidad y la de los Estados vinculados en relación con las decisiones de aquellos y con el contencioso derivado de sus actos.

¿Hay diferencias entre este derecho administrativo subregional y el derecho administrativo nacional o interno? A nuestro juicio sí. Ambos son derechos públicos, desde luego, pero uno, el tradicional nace de los órganos del propio Estado, en tanto que el otro surge con la creación de órganos supraestatales, uno rige dentro de cada Estado, mientras que el otro está destinado a regir en el territorio de todos los Estados que han dado vida y existencia a aquellos órganos.

5. Origen del Derecho Comunitario de la Integración y su relación con el concepto de soberanía.

La doctrina publicista e internacionalista ha ensayado distintos enfoques o teorías en relación con el origen de este Derecho Comunitario. Naturalmente que para los internacionalistas, en general se trata o del fortalecimiento de una determinada rama del derecho internacional, o del nacimiento de un nuevo derecho internacional. Para nosotros esos criterios son insatisfactorios. Es cierto que sus relaciones con el derecho internacional son múltiples y de trascendencia, sobre todo si se observa que este derecho subregional comunitario nace de Tratados y de un tipo especial de tratados que la doctrina denomina “Tratados marcos o tratados cuadros”, pero son muchas las diferencias entre éste y aquel. Es por eso que nos inclinamos por reconocer la existencia de un Derecho Comunitario independiente, con fisonomía propia y con estructura y vertebración también propias. Sólo así es dable observar que los países dejan o pueden dejar de estar sometidos a las relaciones reguladas por el derecho internacional y, no obstante, aparezcan conscientemente subordinándose a las del

derecho comunitario, acatando sus normas y poniendo en ejecución sus resoluciones o acuerdos. (2)

El origen de este derecho comunitario en general y del derecho comunitario subregional, aparece muy vinculado a la noción de soberanía de los Estados. Tradicionalmente se ha entendido que la soberanía es el conjunto de atributos esenciales, inherentes a la personalidad pública de cada Estado y que conlleva la posibilidad de que ese Estado pueda desarrollarse interna y externamente, con independencia de otros Estados.

Este concepto, se ha dicho, entra en cierto modo en antinomia con la posibilidad de que se asignen cierto tipo de atribuciones propias a órganos supranacionales, como sería el caso de las potestades de legislar, administrar, y juzgar de determinadas materias con efecto específico, dentro del territorio de cada Estado. Tales principios, se ha sostenido, son indelegables y esa indelegabilidad es de la esencia de un Estado representativo.

Con todo, y dentro de la relatividad histórica del derecho que hace que concibamos a éste como el mecanismo adecuado para permitir el desarrollo más eficaz de la vida de relación de los pueblos, nos parece necesario admitir la existencia de una noción más moderna y dinámica. Ella apunta a una cuestión de asignación y distribución de competencias y que pone énfasis no sólo en los derechos de cada Estado sino que preponderantemente en los deberes que ellos tienen para con sus pueblos. Así entendido el concepto de soberanía, desaparece una de las pretendidas dificultades para la consagración de un nuevo Derecho Administrativo Subregional, puesto que, jurídicamente, sería posible la asignación de competencias a órganos supranacionales que poseerían atribuciones para emitir actos llamados fundamentalmente a surtir efectos en el interior de cada Estado miembro y comprometiendo no sólo a esos Estados sino que obligando a los particulares habitantes de los mismos. (3) Lo demás sería mantener un falso sentido nacionalista que parece no condecir

(2) Entre los propios países suscribientes del Pacto Andino se da esta circunstancia. Entre Bolivia y Chile no existían relaciones diplomáticas regidas por el derecho internacional cuando ambos concurren, junto con otros países, a suscribir el Acuerdo de Cartagena.

(3) En este mismo sentido opinó la Mesa Redonda de Juristas reunida en Bogotá en 1967 y tal es el criterio que ha inspirado por lo demás a la Comunidad Económica Europea creada en 1958. En igual sentido vease Felipe Herrera. Viabilidad de una Comunidad Latinoamericana. Estudios Internacionales. Abril 1967.

con el interés colectivo de los pueblos, muy en especial de los pueblos de nuestros países en vías de desarrollo.

6. Relaciones del Derecho subregional con el Derecho Nacional. Distintos criterios.

Una vez establecido el hecho de que existe un derecho subregional de la integración, interesa ver en que medida y en que forma se aplica éste frente al derecho nacional de cada Estado. En el fondo, esta cuestión nos lleva a analizar la problemática de la primacía de uno frente al otro en el caso, por cierto, de disposiciones del mismo orden jerárquico y que recaigan en idéntico ámbito de acción.

A este respecto sólo existen tres criterios posibles: o prima el derecho nacional, o prima el derecho subregional, o ambos rigen paralelamente. Descartaremos desde luego la primera posibilidad. No se ve cómo ni para qué un Estado suscribiría un tratado marco y comprometería su voluntad comunitaria para no reconocer después valor de preferencia a los actos legítimos emanados de los órganos creados con la concurrencia de esa precisa voluntad y haría primar o prevalecer en cambio su propio derecho nacional. Ello implicaría borrar con una mano lo que se contribuyó a crear con la otra. Este criterio a primera vista tan simple y hasta tan racional, se dificulta con todo en el análisis práctico de la cuestión ante casos concretos y considerando el distinto valor jerárquico de las normas que integran ese derecho nacional. El acto supranacional subregional prima por sobre la ley interna de cada país, o sólo sobre el acto administrativo, que por lo demás debe ceñirse a ella? Diríamos que aquí está el quid del problema, sobre todo, si hemos admitido que el acto subregional puede tener contenido legislativo.

En principio, debemos mantener la afirmación de que el acto legislativo subregional o comunitario prima por sobre el acto legislativo nacional porque de otro modo, repetimos, no tendría sentido el que él fuera dictado. Dentro de los principios de un derecho comunitario más evolucionado, cual es el caso del que entraña la comunidad económica europea, ello es así porque tal ha sido el criterio sustentado por el Parlamento Europeo, que como es sabido se integra con representantes asignados en una proporción política acordada, a cada uno de los Estados miembros. Pero en el caso del Pacto Andino y considerando que el llamado Parlamento Latinoamericano se encuentra aún en el plano de la teoría, la cuestión que estamos analizando se toca notoriamente con esta otra de la “recepción del derecho subregional por cada Estado y su transformación en derecho interno”. Porque si se mantiene el criterio de que las normas comunitarias no se proyectan por sí mismas al territorio de los Estados miembros

sino que es menester que se materialicen en leyes o decretos, según sea la norma constitucional de cada uno, para que cobren eficacia, es obvio que la tesis de la primacía del derecho subregional se habrá tornado inoperante.

Tomemos un ejemplo emanado precisamente de la acción de los órganos del Pacto Andino: La Comisión del Acuerdo de Cartagena —Órgano máximo del Pacto— en su Tercer Período de Sesiones Extraordinarias, adoptó su Decisión N^o 24, del 31 de diciembre de 1970, por la que aprobó el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros, y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías para los países del Area Andina. Pues bien, esta Decisión debió ponerse en vigencia en el interior de cada Estado contratante mediante sus propios mecanismos internos de ejecución. ¿Pero pudo dejar de entrar en vigencia a pretexto de que en el ordenamiento jurídico nacional hay en esa materia normas legales y por lo tanto su puesta en ejecución sólo pudo hacerse por la vía de la ley interna modificadora de la anterior? Y de ser así, qué sucedería si el Poder Legislativo de ese hipotético país rechazare las normas contenidas en la Decisión del Organo subregional o las modificare? Porque para ser consecuentes hay que admitir que si en el ejemplo propuesto se requiere el trámite legislativo el legislador tendría derecho al pronunciar, de aprobar, modificar o rechazar, y, por esta vía el derecho interno podría alzaprimar sus normas mientras que, a la inversa, el derecho subregional se habría vuelto ineficaz.

El Acuerdo de Cartagena no soluciona el problema a cabalidad y, posiblemente, se encuentre aquí una de sus grandes omisiones. Se subsume en la realidad la importante cuestión de la primacía de una norma frente a la otra dentro de la cuestión más secundaria y de procedimiento de buscar o establecer los medios de recepción o ejecución interna de aquella norma subregional supranacional.

Mientras no se encuentre solución a esta problemática tan importante, el tema de la primacía de las normas subregionales frente a las nacionales se prestará para el debate en el plano meramente teórico y de principios y nada más. (4)

(4) Este no ha sido el criterio acogido en el derecho interno. En el caso tomado como ejemplo de la Decisión 24, ella fué puesta en vigencia en Chile por Decreto Supremo, como todas las Decisiones de la Comisión. Tal Decreto fué rechazado por la Contraloría General de la República por estimar que se contenían en aquella materias de ley que contravenían la ley interna. El contenido de la Decisión —dijo la Contraloría— debe traducirse en normas obligatorias concretas y por ello “es preciso que la dictación de tales normas se

Porque en efecto, si descartamos la primera posición, de preferencia del derecho interno a igualdad de jerarquías, por razones de la inutilidad a que tal criterio conduciría a todo el andamiaje subregional, y si descartamos también la segunda posibilidad de la vigencia paralela en razón de tratarse de normas del mismo rango —criterio internacionalista— porque él a nada conduciría como medio de solución de conflicto en el evento de preceptos inconciliables, sólo resta, por razones a lo menos de índole pragmática el criterio aceptado por el Parlamento Europeo. La norma subregional debe primar por sobre la del derecho interno. Para ello sería menester que se buscara alguna fórmula de vigencia autónoma que, en el caso de la organización subregional andina como veremos luego, no existe.

En síntesis, en el plano de los principios nos inclinamos abiertamente por el criterio que propugna la primacía de la norma subregional y estimamos que de algún modo debería establecerse la fórmula que haga posible y eficaz este criterio, como única vía para que el sentido inspirador del Pacto Andino llegue a ser una realidad.

7. Naturaleza y fuentes del Derecho de la integración subregional. El carácter de fuente del acto comunitario.

La idea de un derecho administrativo subregional está vinculada, como hemos visto, al carácter jurídico autónomo de sus preceptivas y normas. Sus fuentes no tienen entonces porqué caer en el campo del Derecho Internacional del cual difiere sino que se fundamentan en principios generales de derecho universalmente aceptados, que se extrabasan del ámbito nacional al supranacional, si bien con proyección a todo el territorio del Area, sin que importen para estos efectos los límites geográficos o jurídicos de cada uno de los países que lo forman.

Como una consecuencia de esto, esas fuentes se aplicarán no sólo a los Estados miembros que han suscrito el tratado marco constituyente de la organización comunitaria subregional, sino que también a los particulares de esos Estados para quienes se transforman en normas vinculantes en razón de la personería de cada Estado que, conjuntamente con los otros, concurrió a crear los órganos subregionales para representar y personificar el el interés común de los pueblos.

ajuste a la estructura jurídica interna de Chile, repetando las materias que son propias de ley o que están contenidas en un ordenamiento legal". Si bien el Ejecutivo de la época —1971— hizo primar su criterio integracionista y el decreto en cuestión se cursó por la vía de la insistencia gubernativa, quedó como puede verse planteada la pugna entre el predominio del derecho interno o el de la integración.

En este sentido, las fuentes del derecho subregional pueden ser directas, cuando se materializan en los tratados, protocolos y anexos como en las Decisiones y Resoluciones de los órganos subregionales, o bien subsidiarias o indirectas si se concretizan en disposiciones legislativas y reglamentarias que cada Estado miembro ha menester dictar para cumplir obligaciones y recomendaciones adoptadas o sugeridas por los órganos subregionales, dentro del ámbito de su competencia supranacional, con el fin de dar expresión y hacer viables los principios inspiradores de la integración.

Dentro de estas fuentes cobran singular relevancia por su carácter de fuentes propiamente comunitarias del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, que son el medio formal como se materializan los actos de voluntad de dichos Organos, que, como luego veremos, son los órganos máximos del Pacto Andino. En principio, unas y otras emanan del Acuerdo y su carácter obligatorio para los Estados suscriptores del compromiso es indiscutible siempre que se ajusten claro está, a los campos de sus respectivas competencias.

El proceso de formación de estas voluntades administrativas está regulado por el Acuerdo de Cartagena, Uno de los Organos, la Comisión, esta formada por un representante titular y uno alterno de cada Estado miembro y sus Decisiones, vale decir, su voluntad administrativa, se forma con determinados quorum que más adelante veremos. El otro, la Junta, está integrada por tres miembros que no tienen la representación directa de cada Estado sino que han sido designados por la Comisión en razón de sus especiales capacidades y tecnicismos. La voluntad de este órgano se materializa en Resoluciones que deben ser unánimes si bien, también por unanimidad, pueden elevarse a la Comisión proposiciones alternativas.

Uno y otro acto comunitario, en cuanto fuente del derecho, se forman y perfeccionan dentro del órgano subregional propiamente tal. Sin embargo, salvo los actos de propia ejecución, respecto de los cuales el principio de la ejecutoriedad administrativa rige plenamente y que son aquellos destinados a regular la gestión de los mismos órganos, los demás, es decir, aquella generalidad de actos que tienen por objetos cumplir los fines del Acuerdo y que rigen en el territorio de cada Estado miembro, si bien se perfeccionan jurídicamente al nivel supranacional no ostentan en plenitud la característica de la ejecutoriedad propia sino impropia. En otros términos, para su ejecutoriedad se requiere que sean puestos en vigencia por los órganos internos de cada uno de los Estados del Pacto. Esto es lo que la doctrina internacionalista denomina “recepción del derecho comunitario”, que analizaremos a continuación.

8. Recepción del Derecho Comunitario. Su transformación en Derecho Interno.

La esencia del asunto radica en analizar si las normas comunitarias son o no aplicables directa y automáticamente dentro de cada Estado miembro del Pacto. El problema no está suficientemente aclarado dentro de las normas del Acuerdo y pensamos que la Decisión 6^a. de la Comisión por la cual ella aprobó su Reglamento, lejos de precisarlo, ha contribuido a oscurecerlo aún más, en circunstancias de que su esclarecimiento es a nuestro juicio indispensable para la real efectividad del Pacto Andino. En efecto, de muchas de las preceptivas del Acuerdo de Cartagena, suscritas por los diversos miembros, se desprende que los Estados contraen diversas obligaciones y compromiso. En principio pues quien se compromete u obliga no puede sino que actuar en concordancia con tales compromisos u obligaciones y, en su virtud, hacer viable al máximo la aplicación del Acuerdo. Sin embargo, el Reglamento que pudo haber interpretado y complementado a este respecto las normas del Acuerdo se limitó a decir sobre las decisiones: “En los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los Países Miembros o para los Organos del Acuerdo, se indicará la fecha de su entrada en vigor en su artículo final. En caso contrario se entiende que la fecha correspondiente es la de la aprobación del acta final de la reunión respectiva”.

Con esto, sentó a nuestra manera de ver la duda acerca de que ciertas Decisiones podrían no obligar a los Países Miembros en circunstancias de que la obligación surge directa —o indirectamente en todo evento— por el mero hecho de haber suscrito el Pacto.

El problema se tornó aún más complejo cuando en el artículo 26 se entregó a los representantes de los Estados signatarios en la Comisión una obligación que, a la par de ser de cumplimiento imposible, implicó claramente el reconocimiento de que para las Decisiones de la Comisión es menester la dictación de instrumentos internos en cada país. Vale decir, sentó el principio de que las Decisiones no tienen vigencia por si mismas sino que por la vía de su transformación en normas de derecho interno. Este profundo error conceptual que resta considerable eficacia y dinámica al Pacto Andino, hace que debamos sostener que, por ahora, las normas de derecho subregional Andino no tienen vigencia automática sino que es necesaria su previa transformación en preceptiva de derecho interno.

Así lo han entendido por lo demás los países signatarios del Pacto que, según sus sistemas político—administrativos y regímenes imperantes han recurrido a las modalidades procedimen-

tales más diversas de recepción interna de la normatividad andina. Así por ejemplo, la Decisión 24, complementada por la 37 y 37 a) de la Comisión, todas relativas al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros, fue puesta en vigencia en Bolivia por Decreto—Ley; en Colombia por Decreto—Ley; en Chile por Decreto Supremo cursado por la vía de la insistencia gubernativa; en Ecuador por Decreto Supremo y en Perú por Decreto—Ley.

Todo esto produce múltiples consecuencias que, a nuestro juicio, no fueron ponderadas cuando los distintos países suscriptores concurren a aprobar el Pacto Andino. Veamos algunas de ellas.

- 1a. Diferente vigencia en la práctica de las normas que contiene la Decisión, ya que a pesar del precepto antes citado del Reglamento que habla de una fecha común de vigencia, en la realidad, los documentos internos de recepción dentro de cada Estado, sean estos decretos o decretos—Leyes no pueden físicamente someterse a los mismos trámites y en su virtud quedar perfeccionados en la misma data;
- 2a. Consiguiente pérdida de la necesaria dinámica de que deben estar premunidas por razones obvias las Decisiones integracionistas. Los Estados, sobre todo en el caso de países en proceso de desarrollo como los del Grupo Andino han menester de soluciones urgentes de este tipo y ello requiere arbitrar toda una mecánica administrativa que posea la suficiente agilidad y dinamismo;
- 3a. Distinto sistema de control interno, en el hecho de las Decisiones Andinas, en términos absolutamente contrarios a los principios inspiradores del Pacto. Nos explicamos. El sistema de Contralor de juridicidad de las Decisiones y Resoluciones del Pacto Andino no tiene porque estar sometido a regímenes internos de control en cada uno de los países del Area, ya se trate de contralores administrativos preventivos o de contralores jurisdiccionales. Los conflictos derivados de las normas del Pacto Andino se someten en la actualidad a las normas contenidas en el Protocolo sobre solución de controversias de Asunción, de 1967, dentro de un sistema que, a juicio de muchos, no es el adecuado, pero en modo alguno cada país puede subordinarlo por la vía de la recepción interna del derecho a sus propios sistemas de contralor.

El problema se suscitó, como ya lo señaláramos en el ejemplo antes citado de la Decisión 24, la cual fué

indirectamente rechazada por la Contraloría General de la República de Chile, al devolver el decreto que la ponía en ejecución; y el Decreto—Ley dictado con análoga finalidad por el Gobierno de Colombia fue declarado inconstitucional por la Corte de Justicia de aquél País. Estos dos ejemplos, solamente, demuestran la anarquía que puede producirse y la falta de armonía que en la realidad ocurre al seguirse el criterio de recepción del derecho de la integración subregional por los mecanismos propios de materialización del Derecho Interno. No podemos sin embargo dejar de reconocer que, en la práctica, éste sea tal vez el medio de que los países se han valido para evitar las hipotéticas arbitrariedades que pudieran producirse en esta materia, sobre todo, si se observa que no existe un sistema común de contralor supranacional para los actos de los órganos subregionales y que el camino del Protocolo de Asunción de 1967 no es el más adecuado por su falta de plenitud para conocer de los actos que se dicten. Volveremos sobre esto en un párrafo posterior. (5)

- 4a. En suma, falta a este respecto un criterio común que implique la necesaria e indispensable armonía en el cumplimiento de las decisiones de los órganos subregionales por parte de los países del Area. Tanto más, si se mantiene la tesis de que los órganos internos deben poner en vigencia mediante actos propios, ya sean éstos decretos, decretos—leyes o aún leyes, los actos subregionales. Porque en este caso, en consecuencia, se agrega a la voluntad destinada a hacer nacer el acto —que es la voluntad del órgano subregional— otra voluntad, la interna de cada país, que no siempre será acorde con aquella, sobre todo si se piensa que las decisiones pueden ser aprobadas en la mayoría de los casos con el voto de los dos tercios de sus miembros y, salvo excepciones, no se requiere de la unanimidad. Y ello exorbita por completo los criterios que se tuvieron en cuenta para establecer el Acuerdo de Cartagena, porque implica que cada país está ahora recurriendo a sus respectivos procedimientos legales internos para poner en vigencia las Decisiones emanadas de la Comisión del Pacto Andino.

Podemos decir que, positivamente hablando, las Decisiones de los Organos de la Subregión Andina no valen sin la ratificación

(5) En el período de sesiones extraordinarias de la Comisión que se inauguró en Lima el 26 de mayo de 1974 figuró en la Tabla de la Agenda precisamente la creación del Tribunal Subregional y el cumplimiento directo de las decisiones de la Comisión.

interna hecha por cada país, lo que constituye un contrasentido con la circunstancia de que todos ellos contribuyeron en su oportunidad a suscribir el Pacto antes mencionado contrayendo a su respecto compromisos y obligaciones. La tesis de la Contraloría General de la República de Chile, a nuestro juicio errada, es condicente con este criterio de la primacía del derecho interno por sobre el derecho subregional. Claro está que con la vigencia paralela de uno y otro sistema jurídico pueden suscitarse conflictos de cierta magnitud, como por ejemplo, los que emanen eventualmente de la oposición entre la Decisión 24 sobre incorporación a los países del Área de Capitales extranjeros y las normas con contenido de ley que en el derecho interno de esos mismos países regulan la misma materia. Sólo a manera de ejemplo señalemos que aquella Decisión 24 obliga a las empresas extranjeras transnacionales a ir transfiriendo su capital a empresas nacionales con el objeto de formar empresas mixtas, lo que puede entrar en pugna con el principio de las leyes—contrato que suelen regular el régimen interno de tratamiento al capital extranjero. (6)

9. La cuestión constitucional del derecho comunitario.

En la llamada primitivamente la Europa de los Seis que concurrió a la formación de la Comunidad Económica Europea, en realidad no se suscitaron problemas constitucionales tanto por la supresión del concepto tradicional de soberanía a que aludiéramos en párrafos anteriores, cuanto porque en las normas constitucionales de dichos países estaban resueltos aquellos problemas. Así, la Constitución Alemana consagra expresamente la integración y la Francesa lo hace también en condiciones de reciprocidad.

En América Latina el problema constitucional no parece tan claro. Sin embargo no podemos dejar de mencionar aquí por su sentido eminentemente latinoramericanista, el Informe de la Mesa Redonda de Bogotá de 1967, celebrada con intervención del Instituto Interamericano de Estudios jurídicos internacionales. En dicha mesa redonda de Juristas se llegó en principio a sostener la compatibilidad entre las normas constitucionales latinoamericanas y la eventual asignación de competencias a

(6) Esta afirmación no significa que jurídicamente y en el terreno de los principios aceptemos la teoría de las leyes—contrato. Aludimos simplemente a la circunstancia de que la práctica Legislativa de algunos de nuestros países la reconocen. Personalmente, siempre hemos sostenido que atentan contra el soberano derecho de legislar. Obra del autor. Derecho Administrativo Chileno comparado. T. I. Pág 154. 3^o Edic. 1968.

órganos supranacionales o comunitarios subregionales. Se recomienda eso sí ajustar las normas constitucionales a esta idea, para evitar todo problema sobre el particular. Es precisamente lo que hizo Colombia al modificar el Artículo 76 de su Constitución incorporando una norma específica al respecto. En Chile, durante el Gobierno de Frei, el Senado de la República desestimó una iniciativa semejante por considerarla que no era oportuna, aún cuando dejó en claro que no rechazaba la idea en sí. En Venezuela, el art. 108 de la Constitución dispone, explícitamente, que la República favorecerá la integración económica latinoamericana.

Las conclusiones del aludido informe de la Mesa Redonda de Bogotá dicen como sigue:

- 1a. Las disposiciones constitucionales latinoamericanas vigentes que rigen la actuación internacional de los Estados, no son incompatibles en materia de principios con la atribución a organismos internacionales de competencia para tomar decisiones erga omnes, en asuntos relacionados con el ordenamiento económico y social comunitario latinoamericano que se contempla.
- 2a. La atribución de competencias de esa naturaleza a tales organismos, en condiciones de igualdad y reciprocidad, no menoscaban en modo alguno la soberanía nacional que todas las Constituciones latinoamericanas proclaman, sino que configuran un acto típico soberano propio del ejercicio coincidente de la soberanía de varios Estados para beneficio común de sus pueblos.
- 3a. Por lo tanto, en materia de principios no hay incompatibilidad constitucional en la conclusión de un tratado constitutivo del mercado común latinoamericano sujeto a la aprobación de los órganos competentes del Estado, según lo prescriban sus constituciones respectivas, mediante el cual se atribuyen a órganos de dicho mercado competencias específicas.

Con este informe se viene a salvar un problema que en la realidad ha estado latente en relación con esta materia si bien no podemos dejar de anotar que aún con posterioridad a él en algunos países ha seguido planteándose más de una vez con caracteres dubitativos el problema constitucional. No cabe duda que la incorporación de normas como la colombiana y la venezolana en las constituciones de los respectivos países, aparecería como indispensable e imperiosa porque si bien aceptamos las conclusiones del informe cuya conveniencia es indiscutible, algunos textos positivos no son tan claros como para que no se alberguen dudas de naturaleza constitucional.

10. Conflictos

Claro está que en torno al Pacto Andino pueden generarse conflictos y de hecho se han generado desde su nacimiento. Sin embargo, pensamos que para abocarse a la solución de ellos siempre habrá que tener en la mente una idea que es fundamental: la necesidad social, económica y cultural de la integración de los pueblos andinos constituye un criterio básico y omnipresente para la búsqueda de soluciones a esos conflictos. Veamos algunos casos.

- a) Desde luego, ¿Constitucionalmente pudo contraerse el Acuerdo de Cartagena? Preferimos simplemente remitirnos a las conclusiones transcritas en el párrafo precedente de la Mesa Redonda de Bogotá para dar por solucionada esta cuestión.

- b) El problema de la ratificación por el Congreso. Aquí surge otra duda ¿Se requería de ratificación por el Congreso Nacional, vigente para los tratados en general, en el caso del Acuerdo de Cartagena? El problema se ha prestado a dudas. Recordemos sin embargo que el Acuerdo De Cartagena constituye un conjunto de normas derivadas ya que emanan de un Tratado Marco o Tratado Cuadro, como es el de Montevideo que dió vida a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, y que puede estimarse en cierto modo como norma ínsita o incorporada a éste de manera que habría bastado con el cumplimiento de tal requisito para el tratado marco mismo. En la realidad, dicho criterio —que nos satisface fue aceptado por los países miembros. Así, Chile aprobó el Acuerdo de Cartagena por Decreto 428, del 30 de julio de 1969; Colombia por Decreto 1245 del 8 de agosto de 1969 Perú por Decreto—ley 17851, del 14 de octubre de 1969, Ecuador por Decreto Ejecutivo 1932, del 24 de octubre de 1969 y Bolivia por Decreto—Ley 8985, del 6 de noviembre de 1969. Venezuela se adhirió con posterioridad.

Por su parte, el Artículo 110 del Acuerdo prescribe que él será sometido a la consideración del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC y una vez que el Comité haya declarado que es compatible con los principios y objetivos del Tratado de Montevideo y con la Resolución 203, cada uno de los países miembros lo aprobará conforme a sus respectivos procedimientos legales y comunicará el correspondiente acto de aprobación a la Secretaría Ejecutiva de la ALALC.

Este trámite fue cumplido en su oportunidad; el Comité Ejecutivo Permanente antes citado dió su declaración de compatibilidad por Resolución 179 y con la aprobación hecha por cada país en la forma ya vista han desaparecido cualesquiera problemas que pudieran suscitarse en cuanto a que se requiriera o no de ratificación legislativa. En la actualidad, por lo demás, ningún Estado miembro podría invocar su derecho interno para pretender desconocer o eludir los compromisos que a la sazón contrajera, sin incurrir en una indiscutible responsabilidad internacional. (7)

A este respecto vale la pena reproducir una parte de aquel fallo que transcribe el aludido informe y que dice a la letra: “basta que un Gobierno, universalmente apto salvo excepción, para ejecutar el acto de canje de ratificaciones o el depósito de un mensaje expresivo de haberse impartido la aprobación necesaria, así lo cumpla o declare para que los tratados deban reputarse plenamente válidos e invulnerables, exentos de violación manifiesta de disposiciones internas sobre competencias para concertarlos.”

- c) Problemática constitucional de la primacía frente al Derecho Interno. El derecho interno surge de los mecanismos y de los órganos que las normas constitucionales de cada país han adecuado, Cámaras Legislativas, intervención del Ejecutivo como colegislador, etc. Pues bien, ¿cómo cobraría aplicabilidad el principio de la primacía del derecho subregional que nace de órganos supranacionales en circunstancias que las Constituciones entregan el atributo de ir creando la norma a los órganos de cada país? Naturalmente que mientras exista el sistema que ya hemos comentado de la recepción del derecho subregional por mecanismos formales y procedimientos internos, el problema será solo relativo y existirá precisa-

(7) En el Informe de la Junta de Cartagena del 12 de diciembre de 1972 sobre el establecimiento de un órgano jurisdiccional del Acuerdo se dice: “Es conveniente anotar que en ningún momento se acusó la incompatibilidad del Acuerdo de Cartagena con los textos constitucionales de los Estados Miembros, circunstancia que permite concluir que los compromisos asumidos en el Acuerdo no se oponen en manera alguna al derecho constitucional. Recordemos que la demanda de inconstitucionalidad que la Corte Suprema de Justicia de Colombia conoció y resolvió mediante fallo de 26 de julio de 1971, estuvo dirigida contra el artículo 1 del Decreto 1245, del 8 de agosto de 1969, por el cual se aprobó el Acuerdo de Integración Subregional y que, en el curso de ese proceso, no se arguyó la inconstitucionalidad de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena como tal”.

mente en la medida que esos medios de recepción materialicen un sistema jerárquico de preceptivas. Nos explicamos: si una determinada Decisión Subregional, por ejemplo, la relativa a internación de capitales extranjeros se pone en vigencia por decreto y en el campo interno de ese país existe una ley sobre la materia, claro está que internamente también se va a dar preferencia a la ley interna por sobre las normas de la Decisión, con lo cual se habrá sentenciado la pena de muerte para las preceptivas subregionales. Pero ello, al margen de las normas constitucionales ya que hemos visto que no deberían invocarse viejos conceptos de soberanía para dar preeminencia al derecho interno. A la inversa, si mañana se consagra la vigencia automática de las Decisiones subregionales en el régimen interno de cada país, se producirá simplemente una suerte de vigencia paralela de ambos cauces de normas y, en caso de dudas, habrá de primar la de origen subregional. Sólo ese puede ser el sentido de todo proceso integracionista. No deberían entonces surgir problemáticas de tipo constitucional pero, repetimos, parece necesario y más aún oportuno e indispensable que las Constituciones adecúen sus preceptivas a estos nuevos conceptos.

Actualmente, la situación real y positiva en los países del Area Andina parece no ser la que estamos propugnando. Lo prueba en cierto modo el ya citado fallo de la Corte Colombiana que en todo caso quedó superado por la reforma constitucional de aquel país y la tesis sustentada más de una vez en Chile, por ejemplo, en las llamadas cláusulas de salvaguardia en materia de productos agropecuarios en donde se sustentó la teoría de que si se contienen en las Decisiones materias propias de ley de acuerdo con la Constitución, se requeriría la ratificación del Congreso para la aprobación de aquellas Decisiones.

- d) Aplicación de las normas subregionales por los Tribunales Nacionales. El criterio antes reseñado parecería ser también el usado en la aplicación de las normas subregionales por parte de los Tribunales Nacionales. Es decir, mientras esas normativas del derecho de la integración sean recibidas por el derecho nacional en la forma como actualmente se hace, tendrán aplicación por ellos con la jerarquía que a las normas de recepción se da en el régimen interno de cada país, con la consiguiente secuela de dificultades para el derecho subregional que ya se han señalado. En el caso de la especie nos parece que es donde se deja ver con mayor urgencia la necesidad

de modificaciones constitucionales, dado el criterio universalmente tradicional de los jueces para interpretar la norma jurídica.

En el Derecho Comunitario Europeo, muchos de los problemas que aquí hemos planteado se superan como consecuencia de la existencia de dos instituciones que complementan jurídicamente el sistema. Nos referimos al Parlamento de la Comunidad Europea que ejerce el control democrático—político y la orientación política de la Comunidad; y la Corte de Justicia de la Comunidad que realiza el control jurisdiccional y vela por el respeto del principio de legalidad de la Comunidad.

Nos referiremos más adelante a los criterios con que han tratado de abordarse estos problemas en la organización subregional andina y a las normas positivas que hasta ahora existen.

II El Derecho Administrativo en el Pacto Andino. Acuerdo de Cartagena.

1. Orígenes inmediatos del Acuerdo de Cartagena.

Recordemos que el 16 de agosto de 1966 los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela y los Delegados personales de Ecuador y Perú, emitieron la llamada Declaración de Bogotá, después que el entonces Presidente de Chile Eduardo Frei pidiera un informe a conocidos economistas y hombres de relevancia pública latinoamericanos, sobre la forma de sacar a nuestros pueblos del estado de subdesarrollo. En aquella Declaración, los Presidentes y Delegados de los países mencionados plantearon la necesidad de dar una nueva orientación al proceso de integración latinoamericana sobre la base de dos ideas esenciales: a) la situación de los países de menor desarrollo económico relativo; y b) la búsqueda de una fórmula que dentro de la ALALC permitiera ir de manera más dinámica y acelerada a la constitución del Mercado Común Latinoamericano.

Con poca posterioridad, el 14 de abril de 1967, los Jefes de Estado Americanos y el Primer Ministro de Trinidad Tobago, emitieron la llamada “Declaración de los Presidentes de América” en Punta del Este, Uruguay. Se acordó allí que se establecería a partir de 1970, en forma progresiva, el Mercado Común Latinoamericano.

Decía además la Declaración que se debe propiciar la concertación de acuerdos subregionales de carácter transitorio, con regímenes de desgravación internas y armonización de tratamiento hacia terceros, compatibles con el objetivo de la integración regional.

Con posterioridad se creó una Comisión Mixta con la misión de proponer las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios y acuerdos contenidos en la Declaración. Esta Comisión Mixta celebró varias reuniones: la primera en Viña del Mar —Chile— en junio de 1967. La segunda y tercera en Quito y Caracas en julio y agosto del mismo año. En la tercera reunión se lograron aprobar las bases del acuerdo subregional y se designó un Comité de Expertos encargado de elaborar el proyecto de acuerdo. La cuarta se celebró en Lima en noviembre de 1967 y se aprobaron allí las instancias a que debía someterse el Comité de Expertos. Dicho Comité redactó el proyecto, el cual fue rechazado en gran parte en la quinta reunión de la Comisión Mixta celebrada en Bogotá en febrero de 1968. Reunido nuevamente el Comité para tratar de buscar una fórmula de acuerdo, se celebró la sexta reunión en Cartagena, Colombia, en 1968. Allí los representantes de los seis países no lograron ponerse de acuerdo, ya que mientras Bolivia, Colombia y Chile estuvieron por firmar de inmediato el acuerdo, Ecuador pidió un plazo de 30 días para resolver y Perú y Venezuela formularon algunas reservas. La discrepancia fundamental radicaba en el programa de liberación; en efecto, Chile, Colombia y Bolivia querían que fuera automática, en cambio Venezuela y Perú eran de opinión que el desgravamen automático debía limitarse sólo a las industrias nuevas. No había tampoco acuerdo en el orden de las atribuciones que habían de asignarse a la Comisión del Acuerdo.

Declarada en receso, la Comisión Mixta volvió a reunirse el 5 de mayo de 1969 y el 25 del mismo mes y año se aprobó el Acuerdo, salvo por Venezuela que se retiró de las deliberaciones. Lo suscriben entonces el 26 de mayo de 1969 los representantes de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú y se decide designar al Pacto Subregional Andino con el nombre de Acuerdo de Cartagena. Venezuela viene finalmente a decidir su adhesión con mucha posterioridad, a fines de 1973, lo que se materializa en la Decisión 70 de la Comisión Subregional Andina.

2. Causas que condujeron al Acuerdo de Cartagena.

El Acuerdo de Cartagena fue motivado por razones tanto de tipo general como específicas. Entre las razones generales podemos señalar la existencia de un derecho de concepciones análogas y en muchos casos, de preceptivas prácticamente comunes. No nos olvidemos que en el derecho privado el Código de Bello consagra instituciones muy semejantes para Chile que las existentes en otros países del Pacto Andino y que en el Ecuador rigen los mismos preceptos. En el campo del derecho público en general y financiero en particular, hay una raigambre común de instituciones originadas en las recomendaciones de la Misión de consejeros financieros norteamericanos presidida

por Edwin Kemmerer que, entre los años 1922 y 1927 recomendara el establecimiento de órganos y normativas muy similares para los países andinos. El sistema de organismos de control —con ligeras variantes— es, en lo financiero, el mismo para Venezuela, Colombia, Ecuador y Chile.

Había también entre los países andinos una coincidencia de criterios integracionistas motivada principalmente por la conciencia de que mayor beneficio habría para ellos en la concertación de un Convenio subregional dentro de las normas generales de ALALC. Razones de tipo geográfico derivadas del hecho de ser todos los países suscriptores vecinos y vinculados por la Cordillera de los Andes, constituían igualmente elementos generales que marcaban una línea común de acción.

Específicamente, hubo causas más concretas, que la doctrina ha cuidado de señalar. (8) Las principales fueron: los desniveles de crecimiento económicos de los distintos países integrantes de la ALALC. Recordemos que dentro del Tratado de Montevideo los Estados miembros se ubican en tres grupos: a) los países de desarrollo económico relativo (Argentina, Brasil y México), b) los países de mercado insuficiente (Chile, Uruguay, Perú, Colombia y Venezuela) y c) los países de menor desarrollo económico relativo (Bolivia, Paraguay y Ecuador). La existencia de balanzas de pago deficitarias en muchos de nuestros países. Las limitaciones del Tratado de Montevideo en materia de normas que permiten agilizar el proceso integratorio. Dicho Tratado contiene muchas aspiraciones. Mas que compromisos específicos hay manifestaciones de buenos propósitos, especialmente en lo concerniente a los principios máximos de la integración. El deseo de los países andinos de acelerar el establecimiento del Arancel Externo Común, y, en fin, el deseo de implantar una planificación conjunta considerando la situación de los países de menor desarrollo económico relativo.

3. El Acuerdo de Cartagena desde el punto de vista del Desarrollo Administrativo. Derecho Derivado.

Conviene tener presente en primer término, que las normas del Pacto Andino no tipifican un derecho originario, en sí, sino que un derecho esencialmente derivado. Es decir, sus normativas nacen del Tratado de Montevideo, firmado el 12 de febrero de 1960 y que entró en vigor el 1^o de junio de 1961. Estas constituyen en la realidad las preceptivas originarias por aquello que contempla la posibilidad de que a su amparo nazcan acuerdos

(8) Bernardo Nun. Obra citada. Páginas 39 y siguientes.

subregionales. El primero de tal carácter ha sido justamente el Pacto Andino.

El Tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio o ALALC, concretiza lo que la doctrina internacionalista denomina "Tratado marco", es decir, un conjunto de normas genéricas a cuyo amparo es posible que nazcan o surjan otros acuerdos internacionales que si bien no son jerárquicamente secundarios en relación a aquel, tienen el carácter de "derivados". Es por eso que decimos que el acuerdo de Cartagena materializa un derecho derivado de ALALC.

El tratado de Montevideo, en su carácter de conjunto de preceptos originarios, señaló objetivos a realizarse en doce años, principalmente la creación de una zona de libre comercio y la eliminación de derechos arancelarios y demás restricciones en el comercio del Area, conservando cada país su individualidad aduanera respecto de terceros países. Entre las aspiraciones del Tratado de Montevideo figuran la Unión Aduanera y el Mercado Común Latinoamericano. Pues bien, principalmente en este campo de aspiraciones de ALALC es donde el derecho derivado andino entra a actuar con mayor dinámica a fin de procurar transformar cuanto antes aquellas aspiraciones en una realidad dentro de la subregión.

El carácter de derecho originario de uno y de derecho derivado del otro se muestra, también, en que para que el segundo llegue a nacer a la vida jurídica es menester que los órganos creados por el Tratado de Montevideo declaren su compatibilidad frente al primero. De otra manera, el acuerdo subregional no puede llegar a nacer, aún cuando exista acuerdo entre los países que deseen generarlo pero que son, a la vez, miembros del grupo originario.

Así, en este caso específico, el Pacto Andino sólo pudo nacer una vez que el Consejo Ejecutivo Permanente de ALALC (CEP), lo declaró compatible con los fines y objetivos del Tratado de Montevideo. Ello se produjo por Resolución 179 de dicho Consejo, de fecha 9 de julio de 1969.

Esta compatibilidad entraña una coincidencia de propósitos y objetivos pero no quiere decir naturalmente que los medios y procedimientos contemplados en el derecho derivado sean iguales a los que contempla la norma originaria. Muy por el contrario, allí radica la dinámica mayor que a aquellos se le asigna para cumplir sus finalidades de manera más acelerada. Pero los fines y objetivos del acuerdo derivado deben quedar necesariamente encuadrados dentro de la norma original, de forma tal

que cuando ellas se hayan cumplido un tratado debe subsumirse dentro del otro.

Esto quiere decir entonces que así como el Acuerdo de Cartagena es un derecho derivado de ALALC, las preceptivas del Tratado de Montevideo, a la vez que originarias son supletorias de aquel para los efectos de su interpretación.

Surge de aquí entonces la necesaria vinculación y armonía que debe existir entre unas y otras. Precisamente por ello es que el Acuerdo de Cartagena estatuye la coordinación permanente con ALALC y prescribe que hará las veces de coordinador del Pacto Andino el representante en el Consejo de aquel, del país cuyo delegado ejerza la Presidencia de la Comisión del Acuerdo Andino.

Ahora bien, el derecho subregional andino, en su carácter de derecho derivado, debe sujetarse a los siguientes principios que la doctrina también ha cuidado de esquematizar, deduciéndolos especialmente de la Declaración de los Presidentes de América, además que de las normas del Acuerdo mismo: (9) transitoriedad, aceleración y compatibilidad. La transitoriedad entraña que sus preceptivas, aun cuando autónomas e independientes, no son, en principio permanentes. Ellas durarán hasta que sus finalidades se cumplan. Una vez cumplidas, deben integrarse a ALALC. Naturalmente que esta cuestión se plantea así más en un terreno teórico que práctico por que es posible que esos fines del acuerdo subregional lleguen a cumplirse pero sólo dentro del área andina y nada más, en tanto que la situación de los firmantes de ALALC continúa a lo menos estacionaria. En este evento, el cumplimiento de los fines contemplados en el acuerdo subregional sería prácticamente irrealizable dentro de las normas del tratado originario.

El principio de la aceleración significa precisamente que las normas del Acuerdo derivado deben contener medios más dinámicos que los de ALALC. Ese es justamente el caso del Pacto Andino y basta confrontar unas con otras para concluir que que ello es realmente así.

El principio de la compatibilidad, en fin, significa identidad de fines y objetivos. Como ya lo señaláramos, el Pacto Andino puede contradecir a las normas de ALALC, de tal manera que, en caso de dudas, deben primar las disposiciones de este último por ser el derecho originario. Esto no significa en

(9) Bernardo Nun. Obra citada. Página 55

manera alguna —repetimos— subordinación de uno al otro. Se trata de normativas independientes y paralelas, siendo estas últimas, en todo caso, supletorias de aquel.

4. Objetivos y finalidad del derecho andino.

Ellos se deducen claramente de los artículos 1^o y 2^o del Acuerdo de Cartagena. Sus objetivos específicos son:

- a) Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros;
- b) Acelerar su crecimiento mediante la integración económica;
- c) Facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo, y
- d) Establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en mercado común.

Como puede verse, el Pacto Andino no constituye una meta en sí mismo sino un medio, además de otros mecanismos, para acelerar el mercado común latinoamericano, por intermedio de la ALALC.

El fin específico de este derecho andino se desprende también como hemos dicho, de las normas indicadas en cuanto prescriben que el desarrollo equilibrado y armónico dentro de la subregión debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los países miembros, de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos.

No obstante, los objetivos y finalidades del Pacto son muchos más amplios que la simple esquematización que hemos hecho, si los deducimos del análisis integral y armónico de toda su regulación y es por eso que, como hemos dicho en otra parte de esta trabajo, se extienden y proyectan no sólo al campo económico propiamente tal, sino que también al social y cultural. De allí sus normas sobre creación del Consejo de Asuntos Sociales, las preceptivas del Convenio Andrés Bello en materia cultural y del Convenio Hipólito Unanue en el área de la salud.

5. La Administración del Pacto Andino. Sus órganos. Atribuciones y funciones.

La función de administrar y dirigir el Pacto Andino ha sido cometida a entidades a quienes el Acuerdo confiere, en cuanto órganos de administración una porción nominada y definida de competencia supranacional y subregional. Ellas son fundamentalmente dos: La Comisión del Acuerdo de Cartagena y

la Junta. Sin perjuicio de ellas tanto el propio Pacto como la Comisión han ido creando diversos órganos de asesoría, a los cuales, bajo la denominación de Comités y de Consejos se les asigna una competencia específica de asesoría técnica. Los Comités contemplados por el mismo Acuerdo son el "Comité Asesor Económico y Social" y el "Comité Consultivo". Se han creado igualmente los siguientes Consejos: Consejo de Planificación; Consejo Monetario y Cambiario; Consejo de Financiamiento; Consejo de Política Fiscal; Consejo de Comercio Exterior; Consejo de Turismo; Consejo de Asuntos Sociales y Consejo de Salud. Por último y paralelamente, pero íntimamente vinculado al Acuerdo, funcionan la Oficina Subregional de Propiedad Industrial, la Corporación Andina de Fomento y los Convenios Andrés Bello sobre materias culturales e Hipólito Unanué sobre aspectos de salud.

Toda esta frondosa estructura está indicando al menos las múltiples materias que el Pacto abarca, que se proyectan con mucho más allá de lo económico, para actuar en el campo social, cultural y de la salud y demuestra mucho andar en los cinco años de vigencia del Convenio Subregional.

Organos principales y órganos auxiliares asesores. Una primera esquematización nos parece que surge de estas menciones; en efecto, desde el punto de vista administrativo, podemos distinguir en el Acuerdo entre órganos principales, a los que está confiada la importante función de administración del Acuerdo, y órganos auxiliares de asesoría cuya misión es, en esencia, la de coadyuvar a aquellos en el mejor cumplimiento de las finalidades de integración establecidas. Son órganos principales la Comisión y la Junta; y órganos auxiliares los Comités y los Consejos.

La Comisión del Acuerdo de Cartagena. Es el órgano máximo y, por así decirlo, el órgano político de la subregión. Decimos político porque está encargado de representar la voluntad de los Estados miembros. Decimos político sólo en el sentido de que ejerce el gobierno del Pacto pero, típicamente, desempeña una función administrativa como lo veremos al analizar sus atribuciones y actividad.

Está integrado por un representante de cada uno de los Estados miembros, designado por éstos, y su presidencia es ejercida rotativamente por sus integrantes en orden alfabético. La presidencia dura un año y sus funciones son simplemente de dirección superior del Organismo. Pero es éste quien tiene la plenitud de atribuciones.

La Comisión, como máximo órgano del Acuerdo, se caracteriza porque sus funciones son supranacionales, colegiadas,

pluripersonales, deliberantes y ejecutivas a la vez, en una cierta medida.

Decimos que su competencia es supranacional porque nace por sobre la de los Estados miembros y se extiende a todo el territorio del área andina. Es colegiado porque funciona en consejo de representantes que no pueden faltar. Tanto es así que, como luego veremos, la ausencia se considera abstención en la adopción de acuerdos. Es pluripersonal porque está formada por varios miembros todos los cuales tienen las mismas atribuciones y derechos y ejercen esas atribuciones mientras integran el órgano colegiado. El órgano es deliberante porque adopta acuerdos como una forma de expresar la voluntad de la Comisión. Sin embargo, también en cierta medida este órgano tiene funciones ejecutivas porque se le ha confiado la misión de ejecutar su propia voluntad. Es por ello que a sus acuerdos el Pacto los denomina Decisiones y esas Decisiones pueden ser de ejecutoriedad propia o impropia. Será propia cuando la misma Comisión tenga la atribución de hacerlas cumplir, v.gr., cuando se trate de sus reglamentaciones; e impropia, en el caso general de que, en el interior de cada Estado, deban ser recibidas por intermedio de sus respectivos procedimientos legales para que entren en vigencia, y sean puestos en ejecución.

Sin perjuicio de las funciones que ejercen en cuanto miembros del órgano colegiado, los representantes de cada país tienen señaladas en el Pacto otras dos funciones concretas: a) presentar a la Comisión los instrumentos por los que los países respectivos ponen en vigencia interna los compromisos derivados del Acuerdo; y b) velar porque los países que representan cumplan los compromisos que han contraído al suscribir el Acuerdo y que nacen, obviamente, de la necesidad de ejecutar y cumplir las Decisiones aprobadas por la Comisión. Aquí es donde empieza a notarse una clara ineficacia del Pacto por falta de organicidad en cuanto a los mecanismos de administración interna, absolutamente disímiles y sin competencia imperativa, que existen en los Estados miembros. La verdad es que esta última obligación que se comete a los representantes resulta de difícil cumplimiento en la práctica.

La Junta del Pacto Andino. Está formada por tres miembros designados por la unanimidad de la Comisión. Duran tres años en sus funciones y pueden ser nacionales de cualquier país sudamericano. Uno de ellos se desempeña como Coordinador. La Junta —como asimismo sus miembros— es independiente de cualquiera y todos los países integrantes del Acuerdo. De allí es que el artículo 14 establezca que no pueden solicitar ni recibir instrucciones de ninguno de ellos. Esto tiene importancia porque en realidad, así como en la Comisión se expresa la

voluntad de los Estados miembros que, en conjunto, pasan a constituir la del órgano subregional, aquí, en la Junta, es el interés subregional el único que debe concretarse.

Es por eso que se supone que su función debe ser eminentemente técnica y administrativa. Por lo demás, por ser el órgano permanente del Pacto, ya que la Comisión es de funcionamiento ocasional, en la realidad pasa a ser el órgano determinante en muchos aspectos de la representatividad y la gestión de la propia Comisión a la cual se subroga, en ciertas materias, por decisión propia de esta. Desde este punto de vista, se trata de un órgano típicamente subregional, y supranacional, cuya acción repercute y tiene influencia en el derecho interno de los países que sin embargo no tienen en él representación. Es por eso también que la mayor parte de sus atribuciones son de proposición a la Comisión, si bien sus acuerdos toman el nombre de “Resoluciones”.

Organos auxiliares. El Comité Consultivo es el órgano a través del cual los países miembros dan a conocer sus opiniones ante la Junta y está formado por lo tanto por un representante de cada uno de los Estados signatarios.

El Comité Asesor Económico y Social se integra con representantes de empresarios y trabajadores elegidos por el gobierno de cada país en número de tres representantes obreros y tres empresariales. Es decir, se trata de un cuerpo colegiado de 36 miembros que se reúnen cuando son especialmente convocados.

Finalmente, los Consejos ya mencionados, han sido creados por Decisiones de la Comisión ratificadas por todos los países integrantes y son también de convocación ocasional, de modo que sus funciones no tienen la regularidad propia de la permanencia.

Atribuciones y funciones de la Comisión. Se deducen principalmente del artículo 7 del Acuerdo, de los anexos de éste —que forman parte del mismo— y del reglamento aprobado por la Comisión que complementa a aquellos.

En lo fundamental, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

- a) Formular la política general del Acuerdo de Cartagena
- b) Adoptar las medidas necesarias para el logro de sus objetivos.
- c) Aprobar las normas indispensables para hacer posible la coordinación de los Planes de Desarrollo y armonización de las políticas económicas de los Estados miembros.

- d) Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo y del Tratado de Montevideo.
- e) Aprobar modificaciones al Acuerdo. Naturalmente que esto debemos entenderlo en el sentido de iniciativas que no pueden concretarse sin la ratificación de cada uno de los Estados mediante sus respectivos mecanismos constitucionales y legales.
- f) Aprobar los programas de desarrollo y liberación.
- g) Aprobar sus reglamentos y normas de funcionamiento.
- h) Nombrar, por unanimidad, a los miembros de la Junta.

La Comisión debe funcionar con el quorum de dos tercios de sus miembros.

Como puede observarse, la competencia de la Comisión es amplísima. Sus acuerdos o decisiones pueden recaer tanto en materias de índole legislativa como ejecutiva y fiscalizadora. Por lo mismo el Acuerdo ha cuidado de exigir quorum rigurosos para los efectos de que la Comisión pueda adoptar sus acuerdos. Como regla general para formar decisión se requieren los dos tercios de votos afirmativos. Es decir, la voluntad de cuatro países puede concurrir a formar decisión, y ello por cierto obliga en principio a los restantes. El Acuerdo contempla sin embargo cuatro grupos de excepciones a este quorum:

- a) Materias que exigen los dos tercios de votos afirmativos, pero sin votos negativos: aquellas que figuran en el Anexo I, como por ejemplo, la aprobación de modificaciones al Acuerdo y delegación de atribuciones en la Junta;
- b) Materias que exigen los dos tercios de votos afirmativos y sin votos negativos pero, en caso de haberlos, el asunto vuelve a la consideración de la Junta, la que por su parte debe replantear la cuestión a la Comisión. Son aquellas que figuran en el Anexo II, como por ejemplo, la aprobación de programas sectoriales;
- c) Materias que exigen los dos tercios de votos afirmativos, pero debiendo contarse necesariamente dentro de ellos los votos de Bolivia o Ecuador según el caso. Esto se aplica para la fijación de márgenes preferenciales, y
- d) Materias que requieren la unanimidad: como ser, la designación de miembros de la Junta.

Atribuciones y funciones de la Junta. Compete en general a la Junta:

- a) Velar por el cumplimiento del Acuerdo.
- b) Realizar los estudios que permitan acelerar dicho cumplimiento.
- c) Estudiar las medidas que corresponda adoptar en relación con Bolivia y Ecuador, en su carácter de países de menor desarrollo relativo.
- d) Desempeñar la Secretaría Permanente del Acuerdo.
- e) Servir de órgano de contacto con los países miembros.
- f) Ejercer las atribuciones que le haya delegado la Comisión. A este respecto cabe tener presente la Decisión 2a. de ésta que le delegó la facultad de celebrar actos y contratos y representar al Pacto.

De este surge una cuestión importante desde el punto de vista jurídico. La Comisión tiene obviamente el carácter de persona jurídica administrativa subregional y, como tal, es sujeto de derecho administrativo, pero tal calidad la ejerce por delegación la Junta. En consecuencia, si bien en el Acuerdo mismo las funciones generales de la Junta son de mera proposición, en la realidad, dado su carácter permanente y las atribuciones delegadas que ejerce, es el órgano de capital importancia a lo menos puramente administrativa del Acuerdo.

La Junta funciona permanentemente y sus acuerdos, denominados en el Pacto resoluciones, deben ser tomadas por la unanimidad de sus tres miembros. No obstante, también por unanimidad, es posible que presente a la Comisión proposiciones alternativas.

6. Actos administrativos subregionales.

Hemos visto que las funciones de estos órganos administrativos subregionales se materializan en actos que se llaman Decisiones si emanan de la Comisión y Resoluciones si nacen de la Junta. La denominación de resolución es jurídicamente inadecuada ya que cuando la Junta actúa por voluntad propia, no delegada de la Comisión, se limita a proponer y por lo tanto no resuelve nada en el sentido con que se emplea esa expresión desde el punto de vista jurídico administrativo. Con todo, debemos entenderla como una expresión meramente formal y semántica, destinada a distinguir entre los actos de la Junta y los de la Comisión.

Ahora bien, unos y otros, siempre dentro del campo específico de las decisiones y proposiciones respectivamente, pueden ser actos legislativos y reglamentarios en cuanto aprueben normas de contenido general, que deberemos calificarlos de

cuasi legislativos mientras esas normas requieren —como en el caso actual— de recepción por el derecho interno de los Estados miembros.

Actos ejecutivos, cuando se concreten en meras decisiones que pasan a tipificar actos administrativos propiamente tales.

Actos administrativos de asesoría.

Actos jurisdiccionales, que actualmente son de alcance y proyección muy limitados mientras el Pacto continúe sometido al sistema de solución de controversias contenido en el Protocolo de Asunción de 1967.

En suma, la Comisión decide y por lo tanto constituye la voluntad del Acuerdo, y la Junta resuelve en algunos casos y, en la generalidad, al proponer, asesora a aquella.

Hay aún ciertos actos de la Comisión en que la voluntad de ésta no puede llegar a formarse sin previa proposición de la Junta. Se trata de todas aquellas materias en que por su especial tecnicismo y complejidad es necesario una proposición previa de ésta.

Los Comités y Consejos, en fin, materializan meros actos de asesoría de la Junta.

Perfeccionamiento de los actos del Pacto Andino. Para los efectos del perfeccionamiento jurídico de la actividad andina nos parece que debemos distinguir dos situaciones bien diferenciadas cuando sus actos recaen en el ámbito del órgano supranacional propiamente tal, y cuando su voluntad se proyecta al interior de cada Estado miembro.

En el primer evento entendemos que los actos quedan jurídicamente perfeccionados, como expresión de voluntad del órgano subregional, desde que se adoptan y se notifican a cada país miembro.

En el régimen interno de los países signatarios, en cambio los diversos actos andinos se ponen en ejecución por decreto, decretos—leyes, o leyes, según sea el régimen que en ellos impera. A nuestro juicio, sin embargo, esta remisión al sistema interno de los países signatarios implica un manifiesto entorpecimiento en la ejecución de las diversas labores del Pacto, y una evidente subordinación, en el hecho, al respectivo derecho interno. Ello resta, por una parte, eficacia al Pacto y, por la otra, disminuye obviamente la autonomía de decisión de que quiso dotárselo jurídicamente.

Un análisis de la forma como se han puesto en vigencia por parte de los países signatarios las principales Decisiones de la Comisión demuestra la verdad de esta afirmación. (10)

El sistema que hemos reseñado nos parece criticable si realmente se pretendió asignar al Pacto y a las Decisiones emanadas de sus órganos el máximo de eficacia. Aún más, creemos que aquí radica el mayor vacío y defecto de las normas consagradorias del Acuerdo de Cartagena. En la Tabla del período de sesiones extraordinarias celebradas en Lima en mayo y junio de 1974, figuraba entre otras materias de transcendencia, la posibilidad de la ejecución directa de las decisiones y resoluciones, pero tal idea aún no ha prosperado como tampoco lo que debería ser la consecuencia inmediata de un sistema semejante. Nos referimos a la creación del Tribunal subregional. En otras organizaciones internacionales comunitarias existe el veto como modalidad de control, con lo cual pierde sin duda relevancia la falta del Tribunal, pero esta modalidad nos parece inadecuada —en general— porque se entrega el control casi siempre, al menos interesado en el progreso del sistema comunitario aparte de que el veto a menudo puede ser infundado.

Es por eso que si verdaderamente se persigue el progreso de este tipo de organizaciones internacionales no encontramos mejor solución que la ejecución directa y la creación del Tribunal correspondiente que habrá de conocer de las dificultades que, den-

(10) Así, las normas sobre régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías (Decisiones 24, 37 y 37^a de la Comisión, fueron puestas en vigencia en Bolivia por Decreto—Ley 9798, de 30.VI.71, publicado en la Gaceta Oficial el 6.VIII.71; en Colombia, por Decreto—Ley 1299, de 30.VI.71, publicado en el Diario Oficial de 4.VIII.71 (la Corte Suprema de Justicia de Colombia por medio de fallo dictado el 20 de enero de 1972, declaró inconstitucional el citado Decreto—Ley); en Chile, por Decreto 482, de 25.VI.71, publicado en el Diario Oficial de 30.VI.71; en Ecuador, por Decreto Supremo 974, de 30.VI.71, incorporado en el Registro Oficial de 12.VII.71; en Perú, por Decreto—Ley 18.900 de 30.VI.71, publicado en el Peruano el 2.VII.71; y en Venezuela por Ley Aprobatoria de las Decisiones 24, 37 y 37^a del Congreso de Venezuela de 3.IX.73, publicada en el Diario Oficial de 1.XI.73.

El Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros (Decisiones 40 de la Comisión) fue aprobado: en Bolivia por Decreto 10.343 de 7.VII.72; en Ecuador por Decreto 932 de 29.VII.72; en Perú por Decreto—Ley 19.535 de 19.IX.72, y en Venezuela por Ley aprobatoria del Congreso Venezolano de 31.IX.73. La Junta no tiene conocimiento oficial de las resoluciones formales de Colombia y Chile, que no le había sido comunicadas hasta la fecha de la confección del presente cuadro, el 29 de abril de 1974.

tro de ese esquema, pudieran suscitarse. Lo demás significa pura y simplemente negarse a la evidencia de que el éxito de las organizaciones internacionales comunitarias es incompatible con la subsistencia de arcaicas concepciones de soberanía.

7. Agentes del Pacto

En el sistema administrativo del Acuerdo de Cartagena es posible encontrar funcionarios principales o jefes, funcionarios secundarios y funcionarios asesores.

Son principales o jefes: a) los representantes que integran la Comisión, y b) los miembros de la Junta.

Los primeros tienen la doble condición de funcionarios nacionales de cada uno de los países signatarios y supranacionales en cuanto integrantes del órgano colegiado denominado Comisión. Su responsabilidad puede ser por lo tanto nacional y supranacional. La primera se perseguirá por la vía y mecanismos internos de cada país y, la segunda, por la concurrencia a un acto de origen colegiado supranacional en la medida en que de él pueda derivarse responsabilidad. Esta última nos parece que no puede perseguirse internamente dentro de cada país miembro porque de ser así se estaría desvirtuando las características de independencia y autonomía del órgano supranacional.

Los miembros de la Junta, designados como se ha dicho por la Comisión independientemente y sin relación a su nacionalidad siempre que sean sudamericanos, son funcionarios puramente supranacionales y responden por lo tanto sólo ante la Comisión.

Son funcionarios subalternos —frente a aquella categoría premencionada— los agentes designados por la Junta, que se rigen por las normas estatutarias dictadas por la Comisión a proposición de la Junta.

Los asesores, en fin, pueden tener la doble condición en cuanto a su origen, es decir, pueden ser representantes de cada país miembro que se acreditan en tal carácter en los Comités o Consejos del Acuerdo o pueden ser designados como tales por la Junta de Cartagena atendiendo a su especial tecnicismo.

El papel de la administración pública de los países miembros frente al Acuerdo de Cartagena. Parece claro que las administraciones públicas de los países signatarios del Pacto de Cartagena deben asumir papeles y roles bien definidos en relación con el mismo. Entre esos roles los más importantes son:

- a) Asignación de un órgano administrativo interno con jerarquía, dinámica e independencia suficiente para encar-

garse de cumplir, hacer cumplir y tutelar la correcta ejecución de todos los Acuerdos y Decisiones emanadas del Pacto.

- b) Planificar sus sistemas y adecuar sus métodos de tal manera que las administraciones internas comprendan cuál es la real filosofía integracionista del Acuerdo y, en consecuencia, actúen conforme a dicha filosofía sin obstruir sus objetivos y finalidades.
 - c) Servir de órgano permanente de difusión e información de los propósitos perseguidos por los Gobiernos al suscribirse el Acuerdo y divulgar permanentemente sus realizaciones.
- (11)

A este respecto vale la pena recordar que en septiembre de 1973 se celebró en Bogotá el Primer Seminario Latinoamericano de Administración Pública, organizado por la Escuela Superior de Administración Pública del Departamento Administrativo del Servicio Civil de Colombia en el cual se aprobó el denominado “Compromiso de Colombia”, cuyas recomendaciones pertinentes principales son las siguientes:

- 1^a “Que las Administraciones Públicas y sus integrantes asuman un profundo compromiso político en relación con las políticas generales de desarrollo autónomo e independiente de cada país y de América Latina en su conjunto”.

(11) Con razón expresa el Jefe de Proyectos de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas a la ESAP. Horacio Godoy, en su interesante monografía sobre “La Administración Pública, las Empresa Transnacionales y el Grupo Andino” (“Administración v Desarrollo”. N. 13.1973. Págs. 19 y 20): “Una administración pública que no esté no sólo al día, sino anticipándose a los nuevos y grandes problemas que deben enfrentar nuestros países, será inevitablemente una administración mal preparada y en consecuencia, ineficiente”...“tanto los procesos de integración económica cuanto las empresa transnacionales plantean problemas muy especiales a las administraciones públicas de nuestros países que justifican un nuevo esfuerzo de los estudiosos de estos temas para lograr una respuesta adecuada de nuestra disciplina a los nuevos desafíos que deben enfrentar las administraciones de los gobiernos latinoamericanos en el último cuarto del sigloXX, que nos tocará vivir” “Para que el proyecto de integración económica que significa el Acuerdo de Cartagena pueda llevarse a feliz término, es concidición necesaria que las administraciones públicas nacionales constituyan los organismos nacionales de integración económica encargados de definir y de realizar las dos operaciones nacionales básicas que supone todo sistema integrado: la formulación de las políticas y estrategias nacionales integracionistas y la creación de los mecanismos nacionales encargados de ejecutar las decisiones conjuntas en los ámbitos espaciales nacionales”.

- 2^a “Fomentar cambios sustantivos en cuanto a los objetivos, las metas y el funcionamiento de la Administración Pública, los cuales deben estar acompañados de transformaciones paralelas en lo referente a actitudes sistemas y estructuras, a fin de que, a través de los mecanismos de integración latinoamericana alcance su plena autonomía e independencia.”
- 4^a: “En los programas de formación de Administradores Públicos deben incluirse entre sus objetivos, el estudio de la integración latinoamericana y capacitarlos para que comprendan el compromiso político de cambio que deben asumir.”
- 8^a: Que se apoyen las gestiones que se están realizando para constituir el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo”.
- 10^a: “Sugerir a los países miembros del Acuerdo de Cartagena que acelere la aplicación de las normas contenidas en el articulado de la Decisión 24, haciéndola viable y eficaz”.
- 11^a: “A los países no miembros del Pacto subregional andino que sancionen leyes o estatutos eficaces destinados a regular y controlar las inversiones extranjeras, y los contratos de servicios provenientes del Exterior, tal como lo han hecho ya algunos países”.
- 13^a: “Que los países latinoamericanos fortalezcan sus aparatos estatales, en especial las Administraciones Públicas Nacionales, creando empresas públicas en aquellas áreas prioritarias para el desarrollo económico y social y estimulando el crecimiento de las empresas públicas existentes”.

Como puede verse, la toma de conciencia de las Administraciones Públicas sobre el sentido y real filosofía de la integración latinoamericana parece esencial para el éxito del movimiento integracionista comunitario.

8. El contencioso y la solución de controversias en el derecho subregional andino.

Las decisiones y resoluciones de los órganos del Pacto pueden ser ilegales, ya por ser contrarias al Acuerdo, por excederlo o por pasar más allá de lo que permiten las normas constitucionales de los Estados miembros. Pueden también ser contrarias a la conveniencia o intereses de uno o más Estados.

Así, es posible que por cualquiera de estos motivos las decisiones y resoluciones afecten a uno o varios Estados o, aún, a

particulares. ¿Cómo se reclama de ellas? Ello da origen a lo que podríamos denominar —en el plano teórico— un contencioso administrativo supranacional. Desde luego, porque hay una materia contenciosa: la decisión o resolución impugnada. Un órgano llamado a juzgar, o sea, quien juzga; una acción, es decir, como se recurre: y un procedimiento: cómo se juzga.

En el régimen actualmente vigente, el Acuerdo de Cartagena sólo contempla la posibilidad de acudir al sistema de solución de controversias de ALALC —contenido en el Protocolo de Asunción de 1967, que en el evento de discrepancias entre los Estados miembros trasladado el problema a la situación del Acuerdo de Cartagena, permite en síntesis cuatro posibilidades de ajuste:

- a) El convenio o arreglo directo entre los Estados;
- b) Los buenos oficios de la Comisión;
- c) La mediación y conciliación de la Comisión y
- d) El arbitraje internacional.

Es éste el sistema adecuado para encontrar solución a las discrepancias o divergencias que pueden surgir del Acuerdo de Cartagena? A nuestro juicio, categóricamente no. Se trata de un medio de solución de controversias tradicional, de tipo puramente internacional y destinado a producir hipotéticos efectos sólo entre Estados contratantes.

La dinámica que está ínsita en la filosofía del Pacto, la circunstancia de que las resoluciones y decisiones de sus órganos pueden afectar a Estados colocándolos en pugna no con otro Estado miembro sino que con los órganos supranacionales propiamente tales y el hecho que con esas decisiones podrán estimarse agraviados también los particulares de un Estado, hace a nuestro juicio impracticable el Protocolo de Asunción.

Resulta así que la mayor parte de los conflictos o dificultades que pueden presentarse con motivo de la aplicación del Pacto Andino no son susceptibles de solución con arreglo a las normas positivas actualmente vigentes. Prueba de esto por lo demás es que el Protocolo sobre solución de Controversias de Asunción no ha sido utilizado —que sepamos— en relación con cuestiones derivadas del Acuerdo de Cartagena y ello, aún cuando han existido conflictos. En el hecho se ha recurrido a simples negociaciones directas al margen de las regulaciones jurídicas propiamente tales.

Es por eso que en el seno de la Comisión y de la Junta de Cartagena ha surgido desde hace algún tiempo la iniciativa de

ir a la creación del Tribunal Subregional Andino. Después de los estudios el proyecto respectivo, a semejanza de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea, figuraba en tabla en el período extraordinario de sesiones de Lima que comenzó a fines de mayo de 1974. Sin embargo, la iniciativa hasta aquí no ha prosperado y según nuestras informaciones no existiría unanimidad para su aprobación.

El proyecto propone un tribunal con competencia para:

- a) Anular decisiones de la Comisión y resoluciones de la Junta que violen el orden jurídico del Acuerdo;
- b) Comprobar y sancionar el incumplimiento de la estructura jurídica del Acuerdo por parte de los Estados miembros. En este caso el proyecto no consagra la nulidad a fin de no invadir la competencia interna de cada Estado, y
- c) Facultades de interpretación por vía prejudicial de las normas derivadas de la estructura jurídica del Acuerdo, interpretación que tendría valimiento en el marco interno de cada Estado, por los tribunales ordinarios correspondientes.

Nos parece que la iniciativa de creación del Tribunal Subregional Andino vendría no sólo a dar jerarquía y eficacia a las normas del Pacto sino que constituye el camino más ágil y seguro para solucionar los conflictos que se están presentando y que no conducen precisamente a asegurar la filosofía y el sentido que manifestaron los representantes y mandatarios de los países al suscribirlo y ponerlo en vigencia. (12)

9. Responsabilidad.

¿Son administrativamente responsables los órganos del Acuerdo de Cartagena? En principio sí. La responsabilidad de sus miembros por los actos arbitrarios o contrarios a la estructura jurídica del Acuerdo podemos analizarla desde distintos puntos de vista.

Los miembros de la Comisión responden a nuestro juicio individualmente y dado su carácter de representantes, ante la autoridad del país que los ha designado. Así, cada Ejecutivo

(12) Las controversias surgidas con motivo de la dictación del Estatuto del Inversionista por el Gobierno de Chile (Decreto Ley 600) y su eventual contradicción con las normas de la Decisión 24 aprobada por la Comisión sobre la misma materia, habría encontrado sin duda adecuada solución de existir el Tribunal subregional.

puede removerlos y reemplazarlos libremente. Se configura aquí un caso nítido de responsabilidad administrativa que puede ser perseguida por el representado.

Colectivamente, es decir, por los actos del órgano colegiado y pluripersonal que integran son también eventualmente responsables por las decisiones a que han concurrido con sus votos en el caso de que ellas sean arbitrariamente o manifiestamente contrarias a derecho. Este tipo de responsabilidad no es a nuestro juicio perseguible hoy día por falta de perfección y complementación de las normas del Pacto. El Proyecto de creación del Tribunal subregional no establece nada tampoco sobre este particular.

Los miembros de la Junta, como funcionarios supranacionales responden únicamente ante la Comisión, la cual puede llegar hasta removerlos por motivos graves calificados.

Los funcionarios subalternos responden ante la propia Junta que los ha designado.

Por lo demás, no debe olvidarse que cada país miembro puede llegar hasta desahuciar el Pacto con arreglo a las normas del Acuerdo.

En cuanto a terceros y para el caso de que los actos de la Comisión o de la Junta pudieran llegar a afectarlos, los principios sobre responsabilidad de sus miembros no están establecidos.

Como puede verse, en esta materia hay omisiones en el sistema jurídico administrativo del Acuerdo que deberán irse perfeccionando gradualmente en obsequio de la mayor justicia y eficacia en la aplicación de sus preceptivas.

10. Conclusiones.

En definitiva, después de mas de cinco años de vida del Acuerdo de Cartagena, creemos que es posible sacar algunas conclusiones en el orden de su eficacia y en el deseo de contribuir al perfeccionamiento de sus normas, teniendo en cuenta por cierto el deseo indubitado de sus inspiradores de crear un conjunto de preceptos que contribuya realmente al despegue y desarrollo de los pueblos andinos.

Las principales de esas conclusiones serían las siguientes:

- a) Si bien en principio existe un Derecho Administrativo Subregional Andino, él está en formación y dista aún mucho de haber alcanzado un grado máximo de perfeccionamiento. En todo caso, este derecho nace con los órganos

subregionales y está constituido por las decisiones y resoluciones que ellos dictan y aprueban.

Las medidas y enmiendas principales que debieran adoptarse en áreas del perfeccionamiento de este Derecho Administrativo subregional serían las que siguen;

- 1^a. Las decisiones de los órganos andinos, en cuanto legislan, administran y aún, fiscalizan, rigen e indudablemente deben regir en forma paralela al derecho interno de cada país miembro.
- 2^a En caso de pugna o litigio debe manifestarse claramente la voluntad en el sentido de dar primacía al derecho andino por ser la concreción del sentido y espíritu colectivo y comunitario de los Estados miembros.
- 3^a En el orden de la recepción del derecho andino por el derecho interno de cada uno de los Estados signatarios nos parece que debe irse a la vigencia directa y autónoma de aquél dentro de cada país, si se quiere realmente que el Pacto cumpla sus finalidades a satisfacción.
- 4^a No puede aplicarse al derecho andino el sistema interno de control de cada país, a riesgo de desnaturalizar la verdadera esencia del mismo en cuanto derecho comunitario supranacional.
- 5^a Debe irse cuanto antes a la creación del Tribunal Subregional Andino, con competencia específica y bien definida para solucionar los problemas de jurisdicción y aún mérito derivados o que se deriven de la estructura jurídica del Pacto. Es menester precisar también los criterios sobre responsabilidad de los órganos andinos y de sus agentes.
- 6^a Es indispensable adecuar los mecanismos de administración interna de cada Estado signatario al ideal integracionista.

Todas estas innovaciones y aclaraciones nos parecen imperiosas si queremos que el Pacto Andino cumpla sus finalidades y se transforme en una herramienta eficaz para combatir el subdesarrollo.

- b) En este mismo sentido, nos parece esencial la formación de una conciencia en los Gobiernos signatarios y en los pueblos del Pacto sobre las bondades y, más aún, sobre la imperatividad de un sistema integracionista.
- c) Aún existe en los pueblos andinos un exagerado nacionalismo mal entendido que pugna con un definido sentido integracionista. La subsistencia de una noción arcaica de

soberanía conduce a menudo a la formulación de declaraciones no siempre concordantes con la realidad de los pueblos andinos que están clamando por salir del estado de subdesarrollo y extrema miseria que afecta a grandes áreas de su población.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Herrera Lane, Felipe. "Viabilidad de una comunidad latinoamericana". Estudios Internacionales. Año I N. I. Abril 1967. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Págs. 21 y siguientes.
- 2.- Derecho de la integración Latinoamericana. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. De palma. 1969.
- 3.- Nun, Bernardo. "Integración Sbregional Andina". Estudios sobre el Acuerdo de Cartagena. 2a. Edic. Edit. Andrés Bello. 1971.
- 4.- Casanova Demarchi, Manuel. "La función jurisdiccional en las comunidades económicas europeas y el proceso de integración latinoamericana. Edit. Jurídica de Chile. 1969.
- 5.- García de Enterría, Eduardo. "Revolución francesa y administración contemporánea". Cuadernos Tauros 113. 1972.
- 6.- González Pérez, Jesús. "Administración Pública y Libertad". Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1971.
- 7.- Godoy, Horacio. "La Administración Pública, las Empresas Transnacionales y el Grupo Andino". Administración y Desarrollo N. 13. 1973. Págs. 13 y sigtes.
- 8.- El Compromiso de Bogotá. Primer Seminario Latinoamericano de Administración Pública. Colombia. 1973.
- 9.- Acuerdo de Cartagena. Texto Oficial Pacto Andino. Colección Decisiones.
- 10.- Otros Documentos: Recopilación de Decisiones de la Comisión de Cartagena y Resoluciones de la Junta.

INDICE

EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS ORGANIZACIONES SUBREGIONALES

EL PACTO ANDINO

- I. EL DERECHO DE LA INTEGRACION. DERECHO COMUNITARIO.
 1. Antecedentes generales.
 2. El caso de las organizaciones subregionales. Objetivos esenciales de la integración subregional andina.
 3. Materialización de las iniciativas integracionistas y acción de sus órganos.
 4. El Derecho Administrativo Subregional.
 5. Origen del Desarrollo Comunitario de la Integración y su relación con el concepto de soberanía.
 6. Relaciones del Derecho Subregional con el Derecho Nacional. Distintos criterios.
 7. Naturaleza y fuentes del Derecho de la Integración Subregional. El carácter de fuente del acto comunitario.
 8. Recepción del Derecho Comunitario. Su transformación en derecho interno.
 9. La cuestión constitucional del Derecho comunitario.
 10. Conflictos.
- II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL PACTO ANDINO. ACUERDO DE CARTAGENA.
 1. Orígenes inmediatos del Acuerdo de Cartagena.
 2. Causas que condujeron al Acuerdo.
 3. El Acuerdo de Cartagena desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Derecho derivado.
 4. Objetivos y finalidades del Derecho Andino.
 5. La Administración del Pacto Andino. Sus órganos. Atribuciones y funciones.
 6. Organos principales y órganos auxiliares asesores.

La Comisión del Acuerdo de Cartagena.

La Junta del Pacto Andino.

Organos Auxiliares.

Atribuciones y funciones de la Comisión.

Atribuciones y funciones de la Junta.

6. Actos administrativos subregionales.

Perfeccionamiento de los actos del Pacto Andino.

7. Agentes del Pacto Andino.

El papel de la Administración Pública de los países miembros frente al Acuerdo de Cartagena.

8. El contencioso y la solución de controversias en el Derecho subregional andino.

9. Responsabilidad.

10. Conclusiones.

Notas del Trimestre.

La Ardua Labor de la Contraloría

En el Boletín de la Cámara de Comercio de Caracas, se publicó una nota editorial sobre la labor de la Contraloría, cuyo texto reproducimos íntegramente:

En estas mismas páginas de la "INFORMACION QUINCENAL" hemos insertado, reiteradas veces, durante años, datos originales de los Informes Anuales de la Contraloría General de la Nación, que se ha esmerado en cumplir su deber dentro del radio de acción que la ley le impone. También nos hemos referido a aquellos casos en los cuales, según nuestro criterio el organismo quizás pudo ir más allá de sus funciones, como ocurrió cuando pidió cifras correspondientes al ámbito interno de las empresas, tales como el procedimiento seguido para establecer los precios. Así hubiere sido importante la iniciativa

en referencia, debe plantearse que si ello ocurrió, debió haber sido por marcado celo en el cumplimiento de sus funciones.

La Contraloría ha dicho y reiterado, por ejemplo, que los balances del Banco Central de Venezuela son correctos, que las cuentas se llevan con irreprochables métodos, y que siempre se puede conocer la exacta situación del Instituto a través de sus publicaciones. Estas materias son de interés colectivo y, por tanto, es justo y necesario que se den a conocer de la comunidad. Otro tanto sucede con diversos organismos del Estado o en los cuales éste tiene parte.

A la inversa, el organismo contralor se ha quejado del mal funcionamiento de entes públicos cuyos balances no reflejan su verdadera realidad.

Ha hecho observaciones concretas, con la dolorosa circunstancia de tener que repetir las en el Informe subsiguiente debido a que no fueron tenidas en cuenta. Ejemplos huelgan alrededor de esta anomalía. Si se creó una Contraloría para tales menesteres es necesario que lleve a cabo su cometido con entera libertad.

En el mismo caso se encuentra una apreciable cantidad de los organismos públicos. Manejan dinero del contribuyente y es sensato que informen al mismo. De otra manera no sería necesario que los Ministros publicaran Memorias. El caso del Ministerio de la Defensa es distinto, porque no puede ni debe publicar materias que constituyan secreto militar. No creemos necesario explicar las razones para que

el Despacho de la Planicie se reserve semejantes cuestiones.

La Cámara ha apoyado y apoya a la Contraloría, y también ha tenido oportunidad de hacerle observaciones, siempre en términos de alta consideración y elevado respeto, por considerar que es un organismo imprescindible; y porque por encima de toda otra consideración ha tenido siempre en miras al interés de la República. Está obligada a conservar su independencia de criterio dentro de la ley.

Una Contraloría celosa del cumplimiento de sus obligaciones y eficaz, es garantía de la buena marcha de la Administración Pública y garantía del Estado de Derecho, objetivos por cuya vigencia todos debemos luchar.

Dos Nuevos Libros Editó la Contraloría

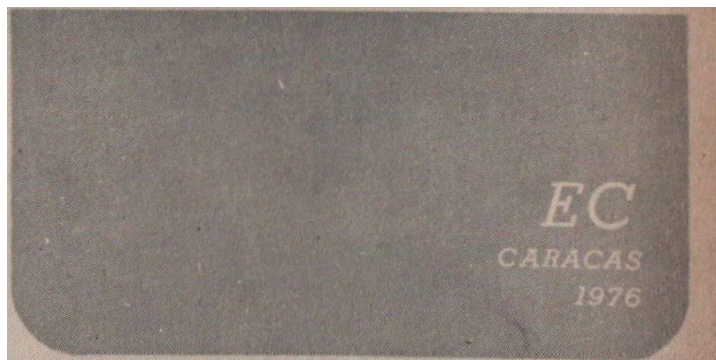
Recientemente entraron en circulación dos nuevas obras editadas por la Contraloría General de la República: “El Control Público”, del Dr. Enrique Silva Cimma, y “Obra Jurídica”, de Joaquín Sánchez Covisa.

La obra del Dr. Silva Cimma, trata sobre Filosofía, Principios del Control y la Contraloría General de la República. Este libro es de importancia fundamental para el conocimiento de las disposiciones legales que rigen nuestro actual sistema de control, y por ello ha de ser imprescindible texto de consulta para los funcionarios de este Organismo. Es el doctor Silva Cimma, un especialista cuya capacidad en la materia se aprecia en las páginas de “Control Público”, es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad

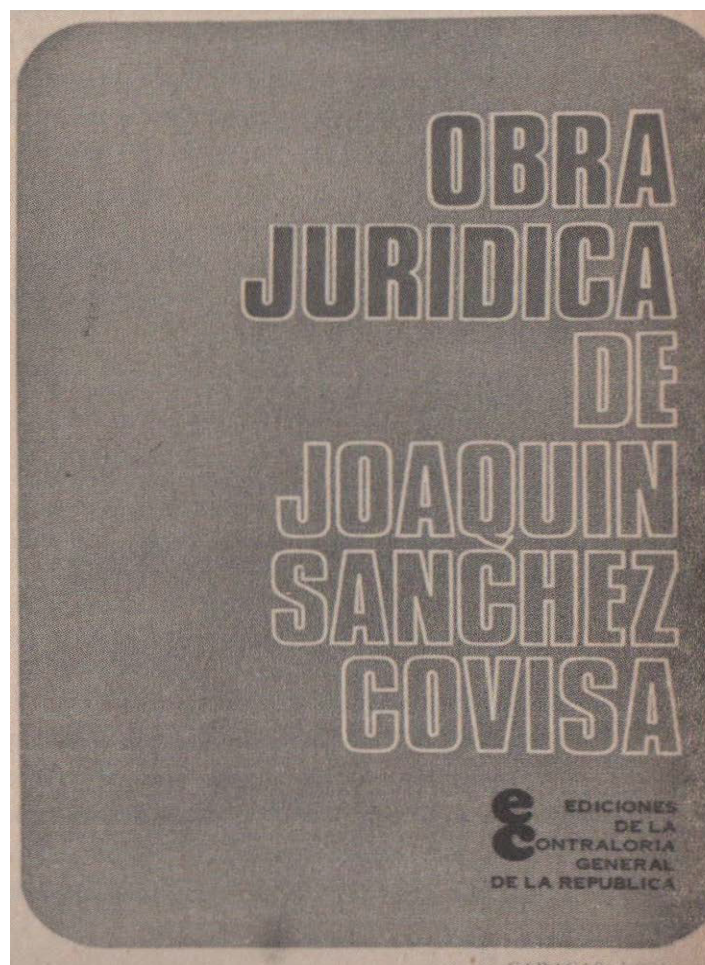
Central de Venezuela, y en Chile, su país de origen, ha publicado numerosos libros y trabajos sobre dicha especialidad. Como bien lo anota el doctor Muci-Abraham, en la nota preliminar, "Silva Cimma, demostró una capacidad de trabajo realmente excepcional", a más de un profundo conocimiento sobre el tema tratado a lo largo de cuatrocientas páginas. Como anexos, el volumen del profesor Silva Cimma trae la Ley Orgánica de la Contraloría y varios reglamentos y normas sobre la función contralora.



**FILOSOFIA · PRINCIPIOS
CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA**



La "Obra Jurídica" del desaparecido Dr. Joaquín Sánchez Covisa, es un volumen de más de 500 páginas, en el cual se recogen estudios, opiniones y comentarios de quien fuera eminente profesor en las facultades de Economía y Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Destaca esta obra la profundidad de su labor creadora en el campo jurídico. "Sánchez Covisa, tuvo un conocimiento integral del Derecho y un dominio pleno de su teoría general, de allí que considerara a sus disciplinas vasos comunicantes y no compartimientos estancos", anota el doctor José Muci-Abraham, en la presentación de la obra.



Conferencia del Dr. Muci-Abraham en El Róтары Club de Caracas

El Rotary Club de Caracas, cursó una invitación al Dr. José Muci-Abraham, para que dictara una charla en el Hotel Caracas Hilton. La presentación estuvo a cargo del Dr. Alberto Jacir. La conferencia versó sobre el tema: "El Control fiscal y la administración pública". Explicó el conferenciante que es la reforma administrativa y por qué no se hace. Dijo que el deseo de la Contraloría es que la administración pública ande bien y que una de las causas por las cuales no marcha mejor es porque las estructuras a nivel ministerial datan de los años 40, siendo anticuadas para la Venezuela actual. Que se mantienen las mismas estructuras de cuando se administraban 2 mil millones de bolívares, a pesar de

que hoy se administran más de 40 mil millones.

Dijo que en 1936 había apenas dos institutos autónomos y hoy más de 120, y que el problema consiste en que no se ha revisado permanentemente la estructura administrativa aun cuando desde 1958 hay una Comisión de Reforma de la Administración Pública. Concluyó expresando que había querido sembrar la inquietud de que actualmente tenemos un problema histórico, pues la expansión de Venezuela ha rebasado sus estructuras; que nuestra obligación es revisar ese andamiaje experimentando y corrigiendo errores sobre la marcha. Después de su interesante exposición, contestó ampliamente las preguntas que se le formularon.

Actividades de "Redinse"

El Centro Coordinador de REDINSE, nos ha enviado su más reciente Hoja Informativa; de ella insertamos las siguientes notas:

El pasado 12 de setiembre, en la Sala de Conferencias del CONICIT, se instaló oficialmente la Red de Información Socioeconómica. El programa del acto incluyó la clausura del Primer Curso Intro-

ductorio a la Documentación e Información Científica y Técnica. La entrega de diplomas a los quince participantes del curso, estuvo a cargo del Lic. Manuel Pérez Rodríguez, Director del mismo. Redinse cumple así con uno de sus objetivos como es el de capacitar personal para la organización de Unidades de Documentación e Información en las Bi-

bliotecas que representan y a su vez prestar asistencia técnica a otras instituciones donde se esten creando estas unidades. Intervinieron en este acto: La Lic. Natacha Márquez, Coordinadora de la Red, quien se refirió a los antecedentes, objetivos y logros de la Red hasta el presente; el Dr. Fernando Travieso, Director del CENDES, hizo una exposición general acerca de la necesidad de la información y su importancia para el desarrollo del país. Concluyó el acto el Dr. Jesús Morales Valarino, Secretario de la U.C.V., quien expresó el interés y el apoyo de la institución que representa a esta clase de eventos.

SEGUNDO CURSO INTRODUCTORIO A LA DOCUMENTACION E INFORMACION CIENTIFICA Y TECNICA.

Con trece participantes REDINSE inició el 22 de setiembre un segundo "Curso Introductorio a la Documentación e Información Científica y Técnica", teniendo como sede la Biblioteca de FEDECAMARAS.

Para el comienzo del año 1976 se ha programado dictar un tercer curso y el primer "Curso Introductorio Elemental de Documentación", dirigido a personal auxiliar.

PROYECTO DE PROGRAMA DE TRABAJO PARA 1976 ELABORO LA RED DE INFORMACION SOCIOECONOMICA PARA SER PRESENTADO AL CONICIT.

Como parte de las actividades de la Red de Información Socioeconómica (REDINSE), fué presentado un proyecto de programa de trabajo al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), a objeto de solicitar la asistencia financiera necesaria para el desarrollo de dicho programa.

El mismo contempla en su primera etapa, enero-junio de 1976, los siguientes objetivos:

1.— Estructuración del Núcleo Coordinador Central.

2.— Edición del Catálogo Colectivo de Publicaciones Periódicas.

3.— Diagnóstico de recursos humanos y fondo de referencia.

4.— Iniciar la creación de Unidades de Documentación en las siguientes instituciones: Banco Industrial de Venezuela, Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, (CONICIT), Centro de Estudios de Desarrollo de la Universidad Central de Venezuela, CENDES, (U. C.V.), Dirección de Planeamiento Urbano del Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Minas e Hidrocarburos y la Escuela Nacional de Hacienda.

5.— Traducción de las siguientes obras:

R.S. GUILYARIEVSKII, Informática y Bibliotecología. Tendencias generales en el de-

sarrollo y enseñanza. Moscú, Academia de Ciencias, URSS, 1974. 202 p. (Ruso).

W. van der BRUGGHEN. Curso de introducción a la Documentación. La Haya, FID publications, 484, Enero 1972. Aide-Mémoire, synoptique, 93 (Francés).

REDINSE EN ORGANOS INFORMATIVOS INSTITUCIONALES.

Tres órganos informativos de instituciones internacionales y de profusa circulación en el exterior han publicado notas sobre las actividades de REDINSE. Ellos son: 1) Boletín de Información del Secretariado Iberoamericano de Municipios, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 38 y 39, enero-marzo y abril-junio de 1975. 2) FID News Bulletin, International Federation for Documentation, The Hague, September 1975. 3) SINDU, noticiero; Servicios Interamericano sobre Desarrollo Urbano Bogotá febrero de 1975. Asimismo han aparecido notas sobre REDINSE en los diversos órganos que publican las institu-

ciones afiliadas a la Red y en el Boletín del Colegio de Bibliotecólogos y Archivólogos de Venezuela, No. 3, Octubre 1975.

LA RED DE INFORMACION SOCIOECONOMICA ASISTIDA A UN SEMINARIO EN BERLIN.

Atendiendo una invitación de la Fundación Alemana para el Desarrollo Internacional, la coordinadora de REDINSE, Lic. Natacha Márquez, fué comisionada por la Asamblea de Participantes para asistir al Seminario sobre "Las vías y los medios para un Sistema Internacional de Información de Desarrollo Económico y Social", a celebrarse en Berlín del 8 al 12 de diciembre del presente año. Dicho seminario estudiará el informe elaborado por el Grupo de Trabajo de DEVSIS (Development Sciences Information System) referente al diseño y factibilidad de este sistema de Información Socioeconómica a nivel mundial. En la próxima hoja informativa se informará sobre los resultados de este seminario.

CRITERIO DEL ORGANISMO CONTRALOR SÒBRE LA RATIFICACION DE ORDENES DE PAGO POR EL CONSEJO DE MINISTROS

Caracas: xx 1976

Ciudadano
Presidente de la República
Su Despacho.—

Tengo el honor de dirigirme a usted para enviarle, anexo a la presente, copia del oficio No. xx, de fecha xx, que remitió el Organismo a mi cargo al Congreso de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En dicha comunicación procedí a informar al Soberano Congreso el haber dado curso a la Orden de Pago No. xx de fecha xx de noviembre de xx, emitida por el Ministerio de xx a favor de la ciudadana mm, con monto de xx BOLIVARES (Bs. xx.xx), y objetada por esta Contraloría en virtud de haber sido ratificada en sesión del Consejo de Ministros, celebrada el xx de diciembre de xxx, según consta de la Certificación expedida por la Secretaría General de la Presidencia de la República, de fecha xx de xxx, del año en curso.

En la susodicha comunicación el Organismo Contralor informó al Congreso de las

razones de carácter legal que tuvo para objetar la supradicha Orden de Pago; y en ella se podrá observar que, hasta ahora, —por lo menos durante el tiempo que vengo ejerciendo el cargo—; no se había ratificado por el Consejo de Ministros ninguna orden de pago que hubiese adolecido de objeciones como las que están señaladas expresamente en la comunicación que le envié.

No han sido meras objeciones formales las que indujeron al Organismo Contralor a objetar la Orden en referencia, sino que las mismas se basaron en previsiones legales, como la referente, en primer lugar, a que, habiéndose alegado la existencia de un contrato de comodato, éste es por su naturaleza gratuito, conforme al artículo 1724 del Código Civil.

En segundo lugar, y en el caso negado de que hubiese sido procedente la reclamación, ha debido seguirse impretermitiblemente, —cosa que no se hizo— el procedimiento de acreencia no prescrita contemplado en los artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, por referirse el crédito reclamado a un Presupuesto fenecido; y la última objeción, que

quizás sea la de mayor monta, se formuló a la ordenación de un pago por un crédito que parcialmente se encontraba prescrito, conforme a las normas legales aplicables.

Este Organismo ha considerado conveniente elevar a usted, en su carácter de Presidente del Consejo de Ministros, la preocupación de que, por intermedio del expediente de la insistencia o ratificación de una orden de pago objetada por el Organismo Contralor, no sólo obtengan esa ratificación las órdenes cuyas objeciones se refieren mayormente a lo formal del mandamiento de pago, sino que también, como en el caso en estudio, se lo utilice para ordenar la cancelación de acreencias que contravienen diferentes normas de nuestro ordenamiento legal.

Atentamente,

JOSE MUCI-ABRAHAM
Contralor General de la República

Ciudadano
Presidente del Congreso de la República
Su Despacho.—

Tengo a honra dirigirme a usted en la oportunidad de informarle que, de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se procedió a darle curso a la Orden de Pago N^o. XXX de fecha XXX de noviembre de XXX, emitida por el Ministerio de XXX a favor

de la ciudadana XXX, con monto de XXX BOLIVARES CON 0/0 CENTIMOS (XXX Bs.), en virtud de haber sido ratificada en sesión de Consejo de Ministros, celebrada el día XX de diciembre pasado, como consta en certificación expedida por la Secretaría General de la Presidencia de la República, de fecha XXX de febrero de XXX.

El expresado mandamiento de pago había sido objetado por esta Contraloría, mediante oficio N^o. XXX del XXX del año pasado, por los siguientes motivos:

1^o Las ordenaciones de pago se justifican conforme a lo previsto en el Artículo 199 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. En el presente caso, serían necesarias las justificaciones previstas en el Ordinal b) del referido Artículo y todas ellas faltan en el expediente de la Orden de Pago.

2^o En la Resolución N^o. XXX de fecha XXX de noviembre de XXX, suscrita por el Ministro de XXX se expresa que el inmueble “había sido dado en comodato para ser ocupado por XXX durante algunos meses”. Ahora bien, el comodato conforme al Artículo 1724 del Código Civil es un contrato gratuito y “por tiempo y para uso determinado”. De existir tal comodato que se alega pero que no se comprueba con ningún acto jurídico fehaciente, la Nación no debería ninguna suma. En el

caso de que la ocupación hubiere excedido los plazos pactados para el comodato, tal circunstancia debería constar con precisión, a fin de que se pudiera calcular de manera exacta la suma que debería la República. Ninguno de dichos extremos aparece definido ni comprobado en la Resolución que sirve de base para la ordenación.

3º La indemnización se debería por ocupación del inmueble "a partir de 1963", según expresa la Resolución mencionada. Por ello y con respecto a los créditos que se hubieren causado por tal motivo hasta el ejercicio de 1974, se debe aplicar el procedimiento de acreencia no prescrita contemplado en los Artículos 59 y siguientes de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional; y el Pasivo a cargo del Fisco debe ser reconocido por el Consejo de Ministros conforme a los Artículos 65 y 66 ejusdem. No existe constancia en el expediente de ordenación de que hayan sido cumplido tales requisitos.

4º Los créditos contra el Fisco prescriben por diez (10) años contados desde la fecha del acto que da origen a la acreencia, según lo dispuesto en el Artículo 69 ejusdem. En virtud de ello, y salvo que se hubiere interrumpido la prescripción circunstancia que no se hace constar en el expediente se podría oponer la prescripción a aquellos créditos causados con más de diez (10) años de antelación a la fecha de la reclamación.

En resumen el Organismo Contralor objetó el citado mandamiento de pago, por no estar demostrado y justificado el crédito; por no estar expresada de manera precisa las circunstancias en que el mismo se causó; por no haber sido reconocida conforme a los Artículos 59, 65 y 66 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y porque existen elementos de juicio para suponer que una parte del referido crédito se encuentra prescrito.

Atentamente,

JOSE MUCI-ABRAHAM
Contralor General de la
República

Legislación y Doctrina Internacional

Ley de Contraloría del Estado de Israel

Capítulo Primero: El Contralor

1. Será designado Contralor del Estado (en esta ley — Contralor) para llevar a cabo el control sobre las finanzas y su manejo, el patrimonio y la administración del estado y de los organismos sujetos al control del Contralor y para el cumplimiento de las demás funciones impuestas al Contralor por esta Ley.
2. El Contralor será designado por el Presidente del Estado de acuerdo a la recomendación de la Comisión Permanente de la Kneset (Parlamento) (en esta ley Comisión Permanente).
3. Dentro de los siete días del día de su designación firmará y entregará el Contralor ante el Presidente del Estado esta declaración: “Yo (nombre) me obligo en mi calidad de Contralor del Estado a guardar fidelidad al Estado de Israel y a sus leyes y a cumplir lealmente mi función”.
4. La duración en el cargo del Contralor será de cinco años a partir del día de su designación.
- 4.(A) El sueldo del Contralor y demás remuneraciones que se le pagarán al Contralor durante el período de desempeño de sus funciones será fijado por la Kneset y ésta podrá facultar para ello a la Comisión de Finanzas; las resoluciones de acuerdo a este artículo serán publicadas en Reshumot (Diario Oficial).
5. En el desempeño de sus funciones, el Contralor será responsable ante la Kneset solamente y no dependerá del Gobierno.

6. El contralor actuará en contacto con la Comisión para Asuntos de Control del Estado (en esta ley — la Comisión) y le rendirá informe de sus actividades cuando crea conveniente o sea requerido por la Comisión.

7.A Durante el período de desempeño de sus funciones no podrá el Contralor militar en la vida política y no le será permitido.

1) ser miembro de la Kneset o de alguna autoridad local o candidato a los mismos;

2) ser miembro del Directorio de una agrupación de personas que desarrolla actividades con fines de lucro;

3) desempeñar cualquier empleo u ocupación, directa o indirectamente, en algún comercio o profesión;

4) participar directa o indirectamente en cualquier empresa, institución, fondo u otro organismo poseedores de alguna concesión del Gobierno o apoyados por el mismo o que el Gobierno participa en su dirección o sujeto a su inspección o al control del Contralor, como asimismo disfrutar, directa o indirectamente de sus ingresos;

5) adquirir bienes del Estado, tanto inmuebles como muebles, arrendarlos, recibirlos en donación, usarlos o poseerlos en cualquier otra forma, recibir del Gobierno trabajos a destajo, concesiones u otra gratificación además de su remuneración, con excepción de tierra o préstamo para establecerse o para vivienda.

(B) Tres años a partir de la expiración del término de su nombramiento, le será prohibido a quien fué Contralor, ser miembro de la Dirección de cualquier agrupación de personas que desarrolla actividades con fines de lucro y definida como organismo controlado de acuerdo al artículo 9 (3), (5), (6), (7) y (8).

8.(A) El nombramiento del Contralor expira:

1) al término del período del mismo;

2) en caso de renuncia o defunción:

3) en caso de que la Kneset decida destituirlo por mayoría de dos tercios de los votantes.

(B) En caso de vacancia del puesto de Contralor será designado un nuevo Contralor de acuerdo al artículo 2, en el término de un mes.

Capítulo Segundo: Esferas de Actividad del Control.

9. Los organismos (en esta ley: organismo controlado) sometidos al Control del Contralor son los siguientes:

- 1) todo ministerio;
- 2) toda empresa o instituto del Estado;
- 3) toda persona u organismo que tiene posesion, no por contrato, de patrimonio del Estado o que lo administra o supervisa en nombre del Estado;
- 4) toda autoridad local,
- 5) toda empresa, instituto, fondo u otro organismo, en los que el Estado participa en su dirección;
- 6) toda persona, instituto, fondo u otro organismo que sean sometidos a fiscalización por ley, por decisión de la Kneset o por acuerdo entre los mismos y el Gobierno;
- 7) toda empresa, instituto, fondo u otro organismo, en los que uno de los organismos nombrados en los parágrafos (2), (4), (5) y (6) participa en su dirección, sin embargo el control sobre este organismo no será ejercido, a menos que la Comisión o el Contralor así lo resuelvan y en la medida que lo resuelvan;
- 8) toda empresa, instituto, fondo u otro organismo, apoyados, directa o indirectamente por el Gobierno o por alguno de los organismos nombrados en los parágrafos (2), (4), (5) y (6) ya sea en forma de subvención, garantía o toda otra forma semejante; sin embargo el control sobre este organismo no será ejercido, a menos que la Comisión o el Contralor así lo resuelvan y en la medida que lo resuelvan.

10.(A) Dentro del marco de sus atribuciones, el Contralor examinará en la medida de lo necesario.

(1) (A) si todas las erogaciones fueron efectuadas dentro de los límites de la presupuestación legal y para la finalidad que fueron destinadas;

(B) si todos los ingresos fueron percibidos y son permitidos por ley;

(C) si toda erogación o ingreso está suficientemente documentado;

(D) si toda actividad dentro de la esfera de actividad del control fué realizada de acuerdo a la ley y por la persona facultada para realizarla;

(E) si la contabilidad, preparación de balance, arqueo de caja y existencias y el sistema de documentación son eficientes;

(F) si el sistema de tenencia del dinero y resguardo del patrimonio son satisfactorios;

(G) si el estado de las cajas y existencias del patrimonio concuerdan con las cuentas;

(2) si los organismos controlados de acuerdo por el artículo 9 (1), (2), (4) y (5) actuaron de acuerdo a principios de ahorro, eficiencia e integridad; este examen comprenderá también a los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (6) si no lo determina de otra forma la ley, decisión o acuerdo referidos en dicho párrafo, y los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (7) y (8) siempre que el control sea ejercido sobre los mismos y en la medida que lo sea; (3) todo otro aspecto que considere necesario.

(B) A propuesta del Gobierno o del Contralor, la Comisión podrá de cuando en cuando determinar formas de fiscalización especiales o limitadas con respecto a un organismo no controlado o a un artículo del presupuesto.

CAPITULO TERCERO: Procedimiento del control.

11. (A) Todo organismo controlado debe presentar en la fecha que fije el Contralor, pero no después de los cuatro meses de finalizado su año fiscal, un informe sobre sus ingresos y erogaciones durante dicho año.

(B) El Contralor podrá exigir del organismo controlado en la fecha que determine.

(1) balance de derechos y obligaciones del organismo controlado a la fecha de finalización del año;

(2) revista detallada y descriptiva de las actividades financieras y administrativas que el organismo controlado efectuó durante dicho año.

(C) Al informe y balance será adjuntado todo documento que el Contralor exija a los efectos de la verificación de los mismos.

(D) El Contralor podrá exigir el informe y balance de toda empresa, instituto, fondo u otro organismo definido como organismo fiscalizado por el artículo 9 (7) y (8), aún cuando no sea ejercido el control sobre el mismo durante el año al cual se refieren el informe y el balance.

(E) El Contralor podrá exigir en todo momento del organismo controlado que le proporcione información, documentos, explicaciones, informes y todo otro material que a juicio del Contralor le son necesarios a los efectos de la fiscalización.

12. El Ministro de Hacienda debe presentar en la fecha que fije el Contralor, pero no después de los 6 meses de terminado el año fiscal gubernamental, un informe completo sobre los ingresos y erogaciones gubernamentales en dicho año, adjuntando al mismo todo documento que exija el Contralor a los efectos de verificación del informe; asimismo el Ministro de Hacienda debe presentar en la fecha que fije el Contralor, pero no después de los nueve meses de terminado el año fiscal gubernamental, un balance de derechos y obligaciones del Estado a la fecha de finalización del año fiscal, adjuntando al mismo todo documento que exija el Contralor a los efectos de verificación del balance.

13. Además de las disposiciones de esta ley o de toda otra ley, regirán las disposiciones de este artículo sobre los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (5), (7) y (8) (en este artículo las sociedades estatales).

(1) el Contralor podrá, luego de consulta con el Ministro de Hacienda, fijar directivas a las sociedades estatales en lo concerniente al sistema de contabilidad y preparación del balance por las mismas;

(2) El Contralor podrá fijar directivas al Contador Público que tiene a su cargo la contabilidad de la sociedad estatal, en lo concerniente al volumen y forma de los exámenes e informe del mismo sobre dicha sociedad estatal y a las circunstancias en las cuales informará el Contador Público al Contralor directamente;

(3) el Contralor podrá exigir de toda sociedad estatal la preparación de un programa anual de actividades, basado en el estado económico-financiero durante el año en curso, que incluya un pronóstico de las actividades económico-financieras de la sociedad estatal para el futuro, y la presentación del mismo al Contralor en la fecha que éste fije; asimismo podrá el Contralor fijar directivas para la preparación del programa anual exigido.

14.(A) En caso de que el control revele defectos que no fueron explicados o violaciones a la ley, a los principios de ahorro y eficiencia o integridad, presentará el Contralor al organismo controlado las revelaciones del control y sus exigencias para la rectificación de los defectos y en caso de considerarlo necesario informará al Ministro concerniente y al Ministro de Hacienda.

(B) En caso de que el control revele defectos u ofensas que el Contralor crea conveniente sean tratados por la Comisión antes de la presentación del informe de acuerdo a los artículos 15 y 20 —por concernir a un problema de fondo o a los efectos de salvaguardar la integridad moral o por cualquier otra causa— presentará el Contralor un informe por separado a la Comisión; y si así lo hiciere— podrá la Comisión, por su propia iniciativa o a propuesta

del Contralor decidir sobre el nombramiento de una Comisión Investigadora, si la Comisión así lo decidiera, nombrará el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia una Comisión Investigadora que investigará el asunto; la Comisión Investigadora se regirá por las disposiciones de la ley de Comisiones Investigadoras, 1968.

(C) En caso de revelar el control que el organismo controlado se condujo de forma que suscita sospechas de un acto delictivo, informará el Contralor al Fiscal de Gobierno.

CAPITULO CUARTO: Informes y opiniones del Contralor.

15.(A) A la finalización del control de cuentas anuales de los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (1) y (2), pero no después de los 10 meses y medio de finalizado el año fiscal gubernamental, presentará el Contralor al Ministro de Hacienda para su consideración un informe en el cual detallará todos los organismos que controló y sus unidades fundamentales.

(B) En el informe referido en el párrafo (a) resumirá el Contralor sus actividades en el campo del control y también:

- 1) detallará toda violación de la integridad moral;
- 2) detallará todo defecto o violación de la ley o de los principios de ahorro y eficiencia que juzgue conveniente incluir en el informe;
- 3) presentará sus recomendaciones para la corrección de los defectos y las vías para evitarlos.

16. El Ministro de Hacienda presentará sus observaciones dentro de las 10 semanas de recibido el informe y al término de dicho plazo el informe será elevado a la Kneset.

17.(A) Dentro de las 10 semanas referidas en el artículo 16, podrá la Comisión, a propuesta del Contralor, decidir que determinados capítulos del informe no serán elevados a la Kneset, si lo cree conveniente para la salvaguardia de la seguridad nacional o para evitar perjuicios en las relaciones exteriores y de comercio internacional.

(B) Las disposiciones de los artículos 15 y 16 se aplicarán también a la parte del informe que se refiere al sistema de Defensa y Seguridad, solo que el Contralor presentará esta parte a la Comisión simultáneamente con la presentación al Ministro de Hacienda, y la Comisión, previa consulta con el Contralor y atendiendo a la necesidad de salvaguardar la seguridad del Estado y evitar perjuicios a sus relaciones exteriores, decidirá si elevar a la Kneset toda esta parte del informe o evitar la elevación de determinados capítulos de la misma.

(C) Atendiendo a la necesidad de salvaguardar la seguridad del Estado, podrá el Contralor, si a su juicio el Gobierno le expone argumentos suficientes, presentar un informe limitado sobre algún departamento o unidad que controló, o abstenerse de presentar un informe sobre los mismos; el Contralor comunicará a la Comisión, oralmente o en la forma que lo juzgue conveniente, cuál es la unidad o departamento que controló y sobre el cual presentó un informe limitado o se abstuvo de presentarlo.

18.(A) Elevado el informe a la Kneset, lo tratará la Comisión y presentará a la Kneset dentro de los tres meses y medio, sus conclusiones y propuestas para su aprobación, aunque la Comisión también podrá presentar sus conclusiones y propuestas en 2 partes, la primera dentro del plazo indicado y la segunda dentro de los 4 meses y medio siguientes.

(B) En el caso de que la comisión no presentara sus conclusiones y propuestas o parte de las mismas, dentro de los 3 meses y medio, tratará la Kneset el informe, sólo que la Comisión podrá hasta la finalización de los 4 meses y medio siguientes, presentar a aprobación de la Kneset conclusiones y propuestas sobre todo asunto del informe aún no tratado por la Kneset.

(C) No serán presentadas a la Kneset las conclusiones y propuestas de la Comisión sobre aquellas partes del informe que no fueron elevadas a la Kneset de acuerdo a lo establecido por el artículo 17 (A) ó (B), y serán consideradas como aprobadas por la Kneset.

19. El Contralor presentará el informe sobre el balance de los derechos y obligaciones del Estado a la consideración del Ministro de Hacienda dentro de los 3 meses de presentado el balance por el Ministro de Hacienda, y luego de las seis semanas siguientes elevará el Contralor el informe a la Kneset.

20.(A) A la finalización del control sobre los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (3), (4), (5), (6), (7) y (8), presentará el Contralor un informe sobre los resultados del control.

(B) El Contralor presentará todo informe sobre el control de los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (4) al jefe de la autoridad local, adjuntando copias para todos los integrantes de la misma; copia de este informe presentará el Contralor a la Comisión, al Ministro de Hacienda y al Ministro del Interior.

(C) El Contralor presentará el informe sobre los organismos controlados de acuerdo al artículo 9 (3), (5), (6), (7) y (8) a la Comisión; copia de este informe presentará el Contralor al Ministro de Hacienda y al Minsitro bajo cuya supervisión funciona el organismo y al organismo controlado.

(D) Después de la publicación de acuerdo al artículo 27 del informe presentado a la Comisión de acuerdo a lo establecido en el párrafo (C) o de opiniones de acuerdo al artículo 21, podrá la Comisión llevar a la Kneset sus conclusiones y propuestas al informe o a la opinión y podrá, si así lo juzgare conveniente por la importancia especial del asunto, solicitar la aprobación de la Kneset a sus conclusiones y propuestas.

21. El Contralor deberá emitir su opinión sobre todo asunto dentro del marco de sus funciones, si así se lo solicitare la Knesete, la Comisión o el Gobierno.

CAPITULO QUINTO: La Oficina del Contralor del Estado.

22.(A) Los funcionarios de la Oficina del Contralor están sujetos a las mismas disposiciones que rigen a todos los funcionarios públicos, empero, en lo que respecta a instrucciones y despidos dependen únicamente del Contralor del Estado.

(B) Las prohibiciones que recaen sobre el Contralor de acuerdo al artículo 7(A), regirán también sobre los funcionarios de la Oficina que se ocupan del control; funcionario que abandona su cargo no podrá ser empleado, durante los dos años siguientes por un organismo controlado, a menos que el Contralor lo autorice.

(C) Para el cumplimiento de sus funciones podrá el Contralor recurrir a personas que no son funcionarias de su oficina, en la medida que lo juzgue conveniente.

23. Los funcionarios de la Oficina del Contralor y toda otra persona que con su ayuda cumple el Contralor sus funciones deberán guardar secreto sobre toda información que llegue a sus oídos en ejercicio de su función y obligarse a ello por escrito al comienzo de su trabajo.

24. El Presupuesto de la Oficina del Contralor será fijado por la Comisión de Finanzas de la Kneset, a propuesta del Contralor y publicado conjuntamente con el Presupuesto del Estado. La Comisión de Finanzas podrá, a propuesta del Contralor, aprobar cambios en el presupuesto de su oficina.

25. Luego de finalizado el año fiscal presentará el Contralor el informe financiero de su oficina a la Comisión.

CAPITULO SEXTO: Disposiciones varias.

26. El Contralor y toda persona nombrada para ello por él mismo con aprobación de la Comisión, tendrán todas las facultades establecidas en los artículos 8 a 11 y 27 (B) y (D) de la ley de Comisiones Investigadoras, 1968.

27.(A) Los informes del Contralor así como sus opiniones de acuerdo al artículo 21 serán publicadas al final del año fiscal en que fueron emitidos; pero el Contralor, el Ministro de Hacienda o la Comisión podrán autorizar la publicación antes de este plazo.

(B) A pesar de lo establecido en el párrafo (A), podrá la Comisión, atendiendo a la necesidad de salvaguardar la seguridad del Estado o para evitar perjuicios en sus relaciones exteriores o de comercio internacional decidir, previa consulta con el Contralor, que no hay lugar a la publicación del informe u opinión en su totalidad o en parte.

(C) Al finalizar todo año fiscal, presentará el Contralor a la Kneset una lista de los informes y opiniones emitidos durante el año fiscal y a ser publicados de acuerdo a las disposiciones de este artículo.

(D) En este artículo “informe” no incluye el informe anual de acuerdo al artículo 15.

28.(A) Será penado con prisión de un año o multa de 600 liras o ambas penas a la vez:

(1) Quien publique el informe anual o parte del mismo o de su contenido antes de ser elevado a la Kneset;

(2) Quien publique un informe u opinión o parte de los mismos o de su contenido en oposición a las disposiciones del artículo 27;

(3) Estas disposiciones no eximen de responsabilidad penal de acuerdo a otras leyes.

29. Si el Contralor se viere imposibilitado, en forma temporaria, de cumplir sus funciones, podrá la Comisión Permanente designar un suplente del Contralor por un plazo que no exceda de los 3 meses.

30.(A) Informes, opiniones o todo otro documento que expida o prepare el Contralor en cumplimiento de sus funciones no podrá ser utilizado como prueba en ningún proceso judicial o disciplinario.

(B) Información recibida a raíz del cumplimiento de las funciones del Contralor no podrá ser utilizada como prueba en un proceso judicial o disciplinario, a excepción de juicio penal por prestación de testimonio bajo juramento, obtenida de acuerdo a las facultades establecidas en el artículo 26.

CAPITULO SEPTIMO: Investigación de las quejas del público.

31. El Contralor también investigará de acuerdo a las disposiciones de esta ley, quejas presentadas por el público; esta función la desempeñará con el título “Comisionado para las quejas del público” (en esta ley “el Comisionado”).

32.(A) El Comisionado cumplirá esta función con la asistencia de una unidad especial de la Oficina del Contralor del Estado que se llamará “La Oficina del Comisionado para las quejas del público”; el director de la Oficina del Comisionado será nombrado por la Comisión a propuesta del Comisionado y será directamente responsable ante el mismo. Sobre el nombramiento de Director de la Oficina del Comisionado no regirá la obligación de concurso referida en el artículo 19 de la ley de Servicio del Estado (nombramientos) 1959.

(B) En caso de vacancia del puesto de Director de la Oficina del Comisionado, o en el caso de verse impedido de cumplir con su función por cualquier causa, podrá el Comisionado facultar a otra persona para el desempeño de esta función por un período que no exceda de los tres meses.

33. Toda persona puede presentar una queja al Comisionado.

34. Queja presentada por escrito y queja presentada oralmente y anotada de acuerdo a las declaraciones de quien la presenta será firmada por el mismo e indicará su nombre y dirección.

35. Queja de un preso de acuerdo a las estipulaciones de la Ordenanza de Prisiones 1971, será presentada en sobre cerrado y el Comisionado de las Prisiones o quien éste faculte, la hará llegar, sin ser abierto el sobre, al Comisionado para las quejas del público.

36. Una queja puede ser presentada contra uno de los siguientes:

(1) organismo controlado de acuerdo a los párrafos (1) a (6) del artículo 9;

(2) alguno de los organismos citados en los párrafos (7) y (8) del artículo 9, en la medida que la Comisión o el Comisionado decidan que este capítulo se aplique al mismo y la comunicación al respecto sea publicada en Reshumot;

(3) todo empleado, quien ocupa un puesto o desempeña una función en uno de los organismos citados en los párrafos (1) y (2) de este artículo.

37. La queja podrá referirse a:

(1) un acto que perjudica directamente a la persona que la presenta o que lo priva directamente de un beneficio o

(2) cuando quien presenta la queja es un miembro de la Kneset — todo acto que perjudica directamente al prójimo o lo priva directamente de un beneficio, y el acto es contrario a la ley o realizado sin facultad legal o contrario a las reglas de una correcta administración o que envuelve en sí una actitud demasiado inflexible o de notoria injusticia; para este propósito “acto” incluye omisión o retardo en la acción.

38. Las siguientes quejas no serán investigadas:

(1) quejas contra el Presidente del Estado;

(2) quejas contra la Kneset o alguna de sus comisiones o contra un miembro de la Kneset por algún acto que realizó en cumplimiento de su función como miembro de la Kneset o para el cumplimiento de esta función;

(3) quejas contra el Gobierno, contra una Comisión de Ministros o contra un Ministro en su actividad como miembro del Gobierno, con excepción de su actividad como encargado de un Ministerio o de una esfera de actividad;

(4) quejas contra la actividad judicial de un juzgado o juez, de un tribunal o miembros de un tribunal, de una comisión constituida por un acto de legislación o de alguno de sus miembros;

(5) quejas sobre un asunto pendiente en un juzgado o tribunal o que un juzgado o tribunal decidieron sobre el mismo;

(6) quejas de una persona que presta servicio regular o servicio activo en la reserva, de acuerdo a la ley de Servicio de Defensa 1959 (texto concordado), que se refiere a los arreglos del servicio, condiciones de servicios o disciplina;

(7) quejas de un policía o funcionario del Servicio de Prisiones referentes a la disciplina en la Policía de Israel o en el Servicio de Prisiones;

(8) quejas de un funcionario del Estado, incluyendo un policía o funcionario del Servicio de Prisiones, o de un funcionario de uno de los organismos citados en el artículo 36, sobre un asunto relacionado a su servicio como funcionario, sin embargo se investigará un acto que se desvía de las disposiciones de la ley, reglamentos, reglamentos, Reglamento del Servicio del Estado, convenio colectivo o de los arreglos generales fijados por el Comisionado del Servicio del Estado, o en el caso de uno de los organismos citados en el artículo 36 — de arreglos generales semejantes.

39. Las siguientes quejas no serán investigadas, a menos que el Comisionado considere que hay causa especial que justifica su investigación.

(1) quejas en un asunto que no es del tipo de asuntos de los cuales trata el artículo 38 (5), en el cual ha sido emitida una decisión sobre la cual existe o existió la posibilidad de presentar de acuerdo a la ley una objeción o apelación;

(2) quejas presentadas luego de transcurrido un año del acto sobre el cual versa la queja o de la fecha en que la persona que presenta la queja tuvo conocimiento del mismo, primando la fecha más tardía.

40.(A) Presentada una queja procederá el Comisionado a investigarla a menos que constate que no llena los requisitos del artículo 34, o que no está comprendida en los artículos 36 y 37, o que no hay lugar a investigarla por alguna de las causas enumeradas en los artículos 38 y 39, o que es provocativa o molesta.

(B) en los casos citados en el párrafo (A) el Comisionado comunicará por escrito a quien presentó la queja, que no se ocupará de la misma especificando sus razones para ello.

41.(A) El Comisionado podrá investigar la queja en la forma que lo juzgue conveniente y no está sujeto a reglas de procedimiento o reglas de prueba.

(B) El Comisionado pondrá en conocimiento de la queja a la persona sobre la cual fué presentada, y si se tratare de un funcionario de acuerdo a lo especificado en el artículo 36 (3) — también la pondrá en conocimiento de su superior (en adelante — el superior) y le otorgará una oportunidad adecuada para contestar a la misma; el Comisionado puede exigir de la persona sobre quien versa la queja, contestación a la misma dentro de un plazo fijado en su requerimiento.

(C) El Comisionado podrá escuchar a quien presenta la queja, a la persona sobre quien se presenta la queja y a toda otra persona si lo considera de utilidad.

(D) A los efectos de la investigación podrá el Comisionado exigir de toda persona u organismo toda información o documento que puedan a juicio del Comisionado, serle de utilidad en la investigación de la queja, dentro del plazo y la forma que fije en su requerimiento; toda persona que sea requerida para proveer información o documentos de acuerdo a lo dicho deberá cumplir con el requerimiento; las disposiciones de este párrafo no derogan las disposiciones de los artículos 47 a 51 de la Ordenanza de Pruebas 1971.

42. El Comisionado podrá interrumpir la investigación de una queja, si constata la existencia de alguno de los motivos que justifican el no comienzo de una investigación o que el objeto de la queja ha sido rectificado o que quien la presentó anuló su queja; en este caso comunicará por escrito a quien presentó la queja, a la persona sobre quien se presentó la queja y a su superior, que interrumpió la investigación, especificando las razones para ello.

43(A) Si considerare el Comisionado que la queja era justificada, lo comunicará a quien presentó la queja, a la persona sobre quien se presentó la queja, y si lo considera así — también al superior, especificando sus razones; el Comisionado podrá resumir en su respuesta sus revelaciones y señalar a la persona sobre quien se presentó la queja y a su superior la necesidad de reparar el defecto revelado por la investigación y la forma de repararlo.

(B) La persona sobre la cual se presentó la queja o su superior comunicarán al Comisionado, dentro del plazo especificado en el párrafo (A) sobre las medidas tomadas; si no lo hiciere así, o si la comunicación no satisficere al Comisionado, podrá éste poner el asunto en conocimiento del Ministro relacionado con el caso o de la Comisión.

(C) Sí considerare el Comisionado que la queja no era justificada, lo comunicará a quien presentó la queja, a la persona sobre la que se presentó la queja y si lo considera así también al superior, especificando sus razones; pudiendo resumir sus revelaciones en su respuesta.

(D) Si la investigación de la queja despierta alguna sospecha de transgresión final, pondrá el Comisionado el asunto en conocimiento del Fiscal de Gobierno, y también podrá actuar así cuando la investigación de una queja despierte alguna sospecha de que se ha cometido alguna falta-disciplinaria de acuerdo a alguna ley.

44.(A) La comunicación del Comisionado de acuerdo al artículo 43 (A) o (C) no contendrá ni revelará material o información que a juicio del Primer Ministro o del Ministro de Defensa son asunto de seguridad del Estado, o que a juicio del Primer Ministro o del Ministro de Relaciones Exteriores son asunto de relaciones exteriores o de relaciones comerciales internacionales del Estado.

(B) Si considerare el Comisionado que su comunicación puede contener o revelar material o información de acuerdo a lo expresado en el párrafo (A) y los ministros referidos no han emitido su opinión como lo especifica el mismo, solicitará el Comisionado la opinión del Primer Ministro, del Ministro de Defensa o del Ministro de Relaciones Exteriores, de acuerdo al asunto, antes de expedir su comunicación.

(C) El Comisionado estará eximido de señalar sus revelaciones o razones.

(1) Cuando la queja se refiera al nombramiento para un puesto en particular o a la designación para una función en particular;

(2) Cuando el material o la prueba puedan a su juicio perjudicar ilegalmente el derecho de otra persona que no sea la que presentó la queja;

(3) cuando a su juicio entrañe la revelación de un material o prueba la revelación de un secreto profesional o de una información secreta, de acuerdo a su significado en cualquier ley.

45.(A) Las resoluciones y revelaciones del Comisionado relacionadas con una queja.

(1) no concederán a quien presenta la queja o cualquier otra persona ningún derecho o asistencia en un juzgado o tribunal, que no tuvieran previamente;

(2) no impedirán a quien presenta la queja o cualquier otra persona el ejercicio de un derecho o la solicitud de asistencia a la cual tienen derecho, sin embargo si la legislación hubiera fijado un término para ello, la presentación de una queja o su aclaración no extenderán dicho término.

(B) Ningún juzgado entenderá en la petición de asistencia contra las resoluciones o revelaciones del Comisionado con respecto a una queja.

46.(A) El Comisionado presentará cada año a la Kneset, a los comienzos de su sesión, un informe de sus actividades que contendrá una revista general y la descripción y atención de una selección de quejas.

(B) El Comisionado podrá previamente a la presentación del informe anual, presentar a la Kneset un informe especial.

(C) Elevado el informe a la Kneset, lo tratará la Comisión y someterá a la Kneset sus conclusiones y propuestas para su aprobación.

(D) El informe de acuerdo a este artículo no será publicado antes de su elevación a la Kneset.

(E) Las disposiciones del artículo 44 se aplicarán también, mutatis mutandis, al informe referido en este artículo.

47.(A) Los artículos 22, 23, 26, 28 y 30 se aplicarán también, mutatis mutandis, a los propósitos de este capítulo.

(B) Las disposiciones de este capítulo no disminuyen las atribuciones del Contralor del Estado de utilizar en sus otras actividades material que llegó a él a raíz de las quejas, tanto si las aclaró o no.

DICTAMENES

Del Departamento Jurídico de la Contraloría General de la República

Opinión acerca del alcance de la inmunidad fiscal que ampara a las empresas operadoras en la industria de los hidrocarburos tal como en principio resulta del artículo 7º de la “Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos.”

De seguidas paso a exponerle las consideraciones y conclusiones a que se ha llegado, con la advertencia de que la Corte Suprema de Justicia aún no ha dictado sentencia en recursos que sobre el mismo punto se han promovido desde 1970, aproximadamente.

En definitiva, se trata de establecer por vía de interpretación, el alcance de la inmunidad fiscal que ampara a las empresas operadoras en la industria de los hidrocarburos, tal como, en principio, parece establecerlo el artículo 7º de la mal llamada ley de nacionalización; o si por el contrario se está más bien en presencia de una exención, lo que llevaría el caso, o lo reduciría, a un mero problema de conciliación de competencias tributarias o de predominio de una cualquiera de las que señala el constituyente, según sean la cualidad y dimensión del presupuesto de hecho efectivamente asumido por el poder municipal en sus pretensiones contra las empresas filiales de PETROVEN.

Habría que anotar en primer término que no son conceptos similares ni equivalentes “inmunidad” y “exención”, aunque en sus resultados comporten una idéntica situación: colocar al posible contribuyente fuera de la jurisdicción tributaria o más propiamente extraerlo de su status de sujeto pasivo del poder tributario, para inscribirlo dentro del cuadro de no obligados frente a la competencia tributaria. Reconocido como está que el poder de gravar tiene, en principio, como correlato elemental el poder de eximir en sentido lato, el problema se reduce a determinar qué autoridad es competente para establecer la dispensa y el grado de ésta, así como sus alcances, y particularmente si tal capacidad o competencia deviene de los llamados poderes implícitos o requiere o resulta de norma expresa.

La exención tributaria configura una “situación jurídica en cuya virtud el hecho o acto resulta afectado por el tributo en

forma abstracta, pero se dispensa de pagarlo por disposición especial"... "Se produce el hecho generador, pero *el legislador* sea por motivos relacionados con la apreciación de la capacidad económica del contribuyente, sea por consideraciones extrafiscales, establece la no exigibilidad de la deuda tributaria... resuelve dispensar el pago de un tributo debido". En fin, "el ente público que dispone del poder tributario, *se desprende* de él en determinadas circunstancias y por razones diversas" (*subrayados nuestras*). La figura así delimitada, entre nosotros comprende tanto la exención propiamente dicha que procede de pleno derecho, como que la establece el legislador, y la exoneración, categoría ésta que queda librada al poder administrador, Sin embargo, la doctrina latinoamericana de los últimos tiempos ha puesto en vigencia la llamada "no sujeción" (exención propiamente dicha para nosotros): "la circunstancia contemplada por la norma legal no alcanza a configurar el hecho generador o hecho imponible, el crédito tributario no se produce". Cuando la situación comprensiva de la no sujeción tiene consagración constitucional expresa, estamos en presencia de la inmunidad; es entonces una cuestión de jerarquía de normas, el criterio de distinción.

En el orden de las ideas anotadas y atendiendo al criterio jurídico formal que las fundamenta, se podría establecer como premisa que entre nosotros no existe, de manera directamente clara en la Constitución, inmunidad tributaria y, por ende, los entes que pretendan beneficiarse de ella, u oponerla o bien exigir su reconocimiento deberán determinarse en cada caso concreto. En efecto, la única norma de rango excluyente y por ello de aplicación prioritaria, tanto por la claridad de su texto como por su ubicación es la contenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional cuya tradición remonta a 1873: "los bienes de la Nación destinados al servicio público están exentos de contribución o gravámenes estatales y municipales". Se justifica la existencia y el lugar de la norma si se toma en cuenta que es sólo en 1925 cuando el principio de legalidad tributaria y todos los que son consecuencia o antecedentes del mismo, cobran rango constitucional. De resto, no se consigue en los textos anteriores a 1925 mención alguna directa a la inmunidad tributaria, salvo en lo que respecta a las prohibiciones que en razón de compromisos asumidos por los Estados constituyentes, limitan su competencia, pero siempre —y así es actualmente— la posible inmunidad que de tales normas prohibitivas pueda resultar, atiende principalmente a la materia o acto gravado que no a una dispensa en razón de la naturaleza o índole política del beneficiario, fundamento doctrinario de la inmunidad y base de la jurisprudencia emanada principalmente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. La evolución sufrida por ésta, a partir de 1819, pone de manifiesto la necesidad de conciliar al

menos cuatro puntos impretermitibles: a) la prohibición de establecer impuestos especiales y discriminatorios que impidan al gobierno federal el ejercicio de sus poderes soberanos; b) el distinguo entre las actividades inherentes a la función de gobierno y actividades de índole privado; c) que frente a la potestad del gobierno nacional está el libre empleo de los medios y operaciones de que se valen (los estados y municipios) para ejercer los poderes que le corresponden” y así, “la restricción de aquélla puede ser justa en situaciones extremas”; d) que “tal restricción, no mediando cláusula constitucional o pacto especial, sólo procede cuando algún interés institucional concreto y perentorio la haga imprescindible”.

Tal es el aporte doctrinario al concepto de inmunidad. Entre nosotros tal concepto como —ya se dijo— no aparece con autonomía conceptual ni legal y en consecuencia hay que remitirse directamente al texto de la Constitución si se quiere llegar a precisiones sobre el mismo; habida cuenta de que, conforme a la doctrina de la Corte no es el nombre o definición legal del tributo lo que lo explica o caracteriza sino la realidad del objeto o acto acogido en la tipificación legal, y además y principalmente porque “la autonomía municipal en derecho positivo venezolano se la considera como emanada exclusivamente de la Constitución, porque es esta... la que distribuye al poder público entre el poder (nacional), el de los estados y el municipal... y les señala sus respectivos límites, valiéndose de la definición de atribuciones y facultades”, y en fin, porque la “autonomía municipal restringida por la Ley Fundamental de la República a *precisas y limitadas* atribuciones, no puede ser absoluta sino muy relativa, en el sentido de que *aun en el uso* de las competencias y atribuciones que le han sido otorgadas, *debe cuidarse muy bien el Concejo de no rivalizar con el poder federal, no debiendo sus actos tener trascendencia nacional sino local*”. La doctrina transcrita es consecuencia entre otras, de una premisa sentada por la Corte en punto a la génesis, contenido y alcances de la autonomía municipal: “puede sostenerse que entre nosotros la municipalidad es un poder administrativo delegado del Poder Federal (en el Distrito Federal), del Estatal en provincia y del constituyente. Para el caso, el efecto jurídico es el mismo cuando la Ley Orgánica de una municipalidad emana del Estado Federal por mandato de la Constitución, que cuando emana del Estado regional a que la municipalidad pertenezca, como sucede también en nuestras municipalidades de provincia; en ambos casos se da la misma consecuencia de no regirse la municipalidad por la ley que ella se ha dado, sino por la que otro poder le informe, y esta circunstancia excluye la idea de verdadera autonomía, que por definición, es darse su propia ley”.

Expuestas como han quedado a la luz de nuestra máxima jurisprudencia los linderos de la autonomía municipal, veamos cuál ha de ser su adecuación al sistema tributario nacional en punto a la competencia que le ha definido el constituyente, habida cuenta de que éste señala de manera expresa que el sistema tributario para cumplir sus fines debe atender al principio de la progresividad. Para responder al planteamiento habría que partir de una necesaria aclaratoria de terminología que nada tiene de raro que se convierta en conceptual. Así, por “sistema tributario” *ha de entenderse el propio* de cada una de las potestades que figuran en la Constitución, o por el contrario esa categoría envuelve una formulación de sentido nacional, lo que supone consecuentemente la subordinación del estado y del municipio en el ejercicio de sus competencias constitucionales, a los fines que, en el ejercicio de las que le son propias persiga la República? Esto parece el primer efecto, el más elemental si se quiere, que podría resultar del análisis individual que se haga de cada uno de los tributos deferidos por el constituyente en forma positiva a la República y al municipio y por vía residual a los estados. Una mayor aproximación al parecer del constituyente podría radicar en la prohibición implícita en el texto del artículo, según la cual ningún tributo extraño a los que caen dentro de la competencia del poder nacional, podría ser establecido con mengua de la tributación nacional. Queremos decir con ello que la progresividad del sistema le impone a cada tributo (cualquiera que sea la potestad a que corresponda) un papel que tiene que estar en consonancia con su naturaleza económica financiera y asimismo con la aptitud del obligado para soportar la carga. Pues si el sistema es uno sólo por lógica hay que pensar que el contribuyente es único y única por tanto su capacidad contributiva. Entonces, el sistema tiene que ser organizado tomando en cuenta que cada tributo —por su propia naturaleza, insistimos— sólo puede técnica y políticamente (por mandato constitucional), cubrir y agotar aquel sector de esa capacidad que también por su propia índole pueda aceptarlo y soportarlo, de tal manera que no quebrante ni teórica ni prácticamente los otros sectores de esa misma capacidad reservados, por idénticas razones, a los demás tributos que sean de la competencia del Poder Nacional. Así las cosas, no es posible pensar que la progresividad se refiera principalmente a cada impuesto o tributo en particular ni que sea de obligatorio cumplimiento para el legislador crearlo con tales características aun cuando técnicamente ello sea correcto, si sus efectos se hacen regresivos con respecto a los fines que pretende cumplir el Estado venezolano o por vía de consecuencia inciden negativamente en el producido de los tributos nacionales: de aquellos que le corresponden directamente según el texto constitucional (renta, sucesiones, aduanas, etc.), los que pueda crear el legislador según los poderes que veremos más adelante, o aquellos que conforme al

ordinal 25^o del artículo 136 de la Constitución le correspondan por su índole o naturaleza, expresión esta última a nuestro juicio limitativa de los poderes del Congreso cuando haga uso de la potestad antes señalada, y cuyos alcances también serán examinados más adelante. Hasta hoy, el único parecer que encontramos contrario a la posición que hemos venido sosteniendo sobre la interpretación de la progresividad en el texto constitucional, es el esbozado por la Corte Suprema de Justicia en un fallo de impredecible consecuencias, relativo a la tributación municipal y que versa fundamentalmente sobre el objeto del impuesto al ejercicio de actividades comercio-industriales (mejor conocido como patente) cumplidas por empresas petroleras. Por considerar que dicha decisión extiende en grado superlativo la competencia tributaria del municipio, la Procuraduría General de la República ha planteado desde 1970 una revisión de la constitucionalidad de actos municipales atentatorios contra la competencia absorbente y por ende excluyente que en materia minera y petrolera defiere la Constitución directamente al Poder Nacional; competencia que no puede ser mermada en sus efectos fiscales o extra-fiscales por cualquiera otra de las potestades tributarias en Venezuela. Esta posición de la Procuraduría se encuentra hoy robustecida por la reforma de la legislación de impuesto sobre la renta ocurrida en diciembre de 1970 que pone en manos del Poder Ejecutivo la posibilidad de fijar unilateralmente uno de los elementos de la ecuación tributaria, cual es el precio de exportación con base al cual se calculará el monto del impuesto. Se confirma de este modo la idea de que la progresividad no es como la capacidad contributiva principalmente una noción de derecho que pueda establecerse a priori e in genere, sino más bien un instrumento de repetición de la carga tributaria cuyo mantenimiento y manejo no ha de estimarse siempre y en todo caso como imperativo constitucional de insoslayable acatamiento para el legislador. Queda así en cierta forma cuestionada la interpretación de que el precepto básico de nuestro sistema tributario había recibido hasta esa fecha, según la cual el criterio técnico imperaba sin más en la creación y ejecución práctica del impuesto. Actualmente en lo que toca a la actividad petrolera podría decirse que la progresividad comienza con los mal llamados impuestos de la Ley de Hidrocarburos. Para concluir en la aplicación de la fórmula proporcional establecida en el artículo 58 de la Ley de Impuesto sobre la Renta. Este argumento sirve igualmente para apoyar y explicar una limitación al poder municipal en la materia y para ratificar que ésta se ha tornado por las circunstancias anotadas en ramas exclusiva del Poder Nacional, o, dicho lo mismo en otros términos: la capacidad económica de la industria como sujeto pasivo de obligaciones tributarias se encuentra plenamente agotada por la imposición nacional, la única técnicamente dotada para cumplir ese cometido. La conocida tesis de los poderes implícitos analizada exhaustivamente por

la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, encuentra de tal manera en nuestro país una aplicación preferente en la materia que nos ocupa pese a que, como ya hemos dicho, la actual Constitución ha creado —con mucho desacierto a nuestro juicio— una suerte de poder tributario originario para el municipio cuyo uso inmoderado llega a quebrantar en la práctica la progresividad del sistema que es como dijimos, uno solo aunque su ejecución esté confiada a diferentes potestades.

En consecuencia de lo ya relacionado, parece prudente referirse a los alcances del ordinal 8º del artículo 136 de la Constitución en lo que tiene de limitación al poder municipal sobre la materia relativa a minas e hidrocarburos: el ya citado ordinal ha creado una fórmula de concurrencia de potestades deferida para su desarrollo a la ley (del Congreso), cuando establece que ésta puede reservar total o parcialmente al Poder Nacional las contribuciones (impuestos, tasas) sobre producción y consumo de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas. Ello significa que las ramas de ingresos a que se refiere la primera parte de dicho ordinal están excluidas de la potestad de la ley en cuanto a su contribución porque ésta es obra del constituyente. En cambio, en la segunda fuente de competencias que venimos comentando, el Congreso tiene la posibilidad de repartirla entre las diversas ramas del poder público (República, estados, municipios) y crear otros “sobre la producción y el consumo” e igualmente reservarlos total o parcialmente al Poder Nacional. La fórmula del constituyente no es en modo alguno taxativa; usa en efecto la expresión “tales como” y de esta manera se ajusta a los principios doctrinarios que exaltan la necesidad de que la imposición indirecta sea regulada por normas básicas dotadas de flexibilidad suficiente para adoptar dicha imposición a las exigencias de la coyuntura económica. Existe además una razón de rango constitucional cual es la que deriva de las normas que crean la competencia tributaria del municipio, normas que, defieren al legislador la facultad para complementar dicha competencia en campos o ramos extraños a los atribuidos al municipio por el propio constituyente. En definitiva, los impuestos y tasas sobre producción y consumo de los ramos señalados en el ordinal 8º, no pueden ser excluidos por el legislador de la competencia del Poder Nacional: atribuidos sí, total o parcialmente, lo que es otra cosa, Siempre habrá en consecuencia una participación de la República en estos ramos de ingresos tributarios. La creación de impuestos y contribuciones sobre producción y consumo de bienes distintos a los señalados en dicho ordinal 8º sufrirá la misma limitación, es decir, algo tendrá que atribuirle el legislador al Poder Nacional; siempre habrá como se dijo al principio una concurrencia de potestades sobre el mismo objeto. En cambio la parte final del citado ordinal 8º precisa otra interpretación. En efecto ha creado un campo tributario no

definido ni delimitado cuya regulación es discrecional para el legislador nacional. No puede ser otra la interpretación que merece el texto referido, pues expresa que son de la competencia del Poder Nacional “los demás impuestos tasas y rentas no atribuidos (por la Constitución o legalmente, con las limitaciones ya vistas) a los Estados y a los Municipios que con carácter de contribuciones nacionales creare la ley”. Esta zona gris si queda bajo el arbitrio exclusivo del Congreso y sin limitación alguna en cuanto a los futuros objetos de imposición y a los entes públicos beneficiarios de dichas contribuciones.

Comentario aparte exige el ordinal 25^o del artículo 136 de la Constitución: se trata de una disposición de carácter residual y por ello la índole o naturaleza de la materia a regular hace aneja la competencia del Poder Nacional y siendo así, si el impuesto a crear recae sobre materias u objetos que afectan de modo determinante la economía del país, o inciden sobre los propósitos que pretende cumplir el Estado según el preámbulo de la Constitución, no puede ser atribuido por el legislador sino únicamente al Poder Nacional. Con todo, cabría preguntar a quien corresponde calificar esa índole o naturaleza? Será sin dudas al Congreso porque la Corte Suprema de Justicia no es competente para calificar ni el mérito ni la oportunidad tenidos presentes para la creación de tributos. Sólo puede examinar la constitucionalidad del gravamen creado sobre esos objetos o materias que corresponden al Poder Nacional por su índole o naturaleza. Y ese examen comprende no sólo los aspectos formales del tributo, sino también el cumplimiento de las pautas que le ordena el constituyente en el artículo 223. Por lo tanto, creemos que esa “índole” o “naturaleza” será en todo caso una noción cuya permanencia queda sujeta al fallo de nuestro Máximo Tribunal, porque se trata de una categoría legal, de una noción de derecho básica para la justificación de la competencia. “Así las cosas hay que destacar que desde 1869 quedó establecido, como elemental efecto de la doctrina sobre las competencias tributarias en nuestro régimen federal, lo siguiente: “Al gravar pues, el Poder Nacional, una materia no reservada expresamente a la competencia estatal o municipal, en virtud de la facultad que le confiere la Constitución, pasa aquélla a ser de su competencia, substituyéndosele a la esfera impositiva de la entidad a que pertenezca. Si la materia sobre la cual recae la imposición estaba ya pechada quedan, anuladas las leyes de ordenanzas respectivas que se hubiesen puesto en vigencia”. La letra y el espíritu con que se expresó el constituyente de 1961, imponen una reconsideración de tal parecer, para armonizarlo con la doctrina emanada de la interpretación de los textos posteriores a 1869. En pocas palabras, la presencia constitucional del municipio como sujeto activo de poder tributario, titular de ramos de ingresos entregados por la Constitución de manera directa,

obliga al intérprete en el sentido de que dicha entrega o atribución comporta igualmente todo aquello que sea su consecuencia necesaria y la posibilidad de establecer —en forma excluyente, desde luego— la instrumentalidad necesaria para llevarla a efecto y siendo así, se entiende que ello crea para los otros poderes una doble limitación: la de orden formal referida a la competencia como título para decidir y la imposibilidad para crear, directa o indirectamente, situaciones que dejen sin efecto la competencia que al titular corresponda, o que hagan recaer sobre éste las consecuencias económicas de la decisión que afecte formalmente a un administrado o contribuyente.

Pues bien, en nuestro sistema tributario el municipio deriva su competencia de las fuentes que siguen:

i) El artículo 31 de la Constitución en sus ordinales 2º y 3º y consecucionalmente las multas que sancionen el ilícito-tributario. De estas ramas de recursos destacan principalmente la patente de industria y comercio, tributo el cual, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia debe entenderse para algunos objetos implícito dentro de la competencia del municipio, aunque el constituyente de 1961 pareciera autorizar in-genero una concurrencia, para la República. En efecto —dijo en sentencia de 13/12/65 G. O. No. 27.936 de 13/1/66— aun cuando el constituyente de 1947, 1953 y 1961 hubiere reservado, totalmente, al Poder Nacional, la imposición fiscal a los alcoholes y licores, tal reserva, por razones elementales de obligada lógica jurídica, ha de tener su necesaria conciliación con las patentes de industria y comercio de esos ramos, ya que el mismo constituyente de modo expreso, las ha atribuido genéricamente a los municipios, esto es, sin establecer ninguna distinción. Y en efecto, si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución vigente, los Municipios están sujetos,... a las mismas limitaciones a que lo están los Estados —o a las mismas restricciones, como decían las Constituciones anteriores— entre los cuales se encuentra la de no crear impuestos sobre las materias rentísticas de la competencia nacional (artículo 18, ordinal 1º) no es menos cierto que los impuestos establecidos en la Ley Orgánica de la Renta de Licores, como bien los distingue esta última (artículo 154 de la Ley de 1954 y 170 de la Ley vigente) no inciden, como se pretende, sobre la misma materia rentística, puesto que, desde el punto de vista estricto del derecho fiscal, son distintos no sólo por su objeto, sino también por su propia naturaleza, como lo revela, incluso, su propia base de cálculo. En efecto, mientras el objeto de los impuestos establecidos en la citada Ley Fiscal Nacional es una clase o categoría de bienes, específicamente determinada, los alcoholes etílicos y las bebidas alcohólicas de producción nacional o que se importen al país (artículo 1º ejusdem); el objeto de los impuestos municipales de patentes sobre industria y

comercio es “toda actividad industrial, comercial o de índole similar ejercida... con fines lucrativos”. (Artículo 1º de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio del Distrito Federal); es decir, “las actividades lucrativas, genérica y abstractamente consideradas, que el contribuyente ejerza”. Esto es “aun cuando se trata de un impuesto real y objetivo (el municipio quiere que) cada quien tribute según su capacidad económica, como lo exige el principio de la igualdad ante el impuesto, contenido en el artículo 223 de la Constitución; pero al proceder de esa manera no lo hizo para gravar, especialmente, determinado tipo de negocio en particular, ni determinada producción de bienes o servicios también en particular... Dicho lo mismo de otro modo —porque conviene insistir en el concepto— son cuestiones completamente distintas el hecho imponible o hecho generador del impuesto —el cual consiste, en este caso, en el ejercicio de un comercio, de una industria, de una actividad lucrativa en suma—, y la base imponible o base para su cálculo, la cual consiste como ya se dijo, en los ingresos brutos o en el monto de las ventas o de las operaciones efectuadas, o en el capital, tomados estos factores como índice para medir esa actividad lucrativa y aplicarle el impuesto correspondiente”.

En fin, para la Sala “el examen de las características fundamentales de los referidos impuestos —nacionales y municipales—, pone de manifiesto, de una parte, no sólo la necesaria conciliación racional entre unos y otros; sino también, de otra parte, el justo y ponderado alcance que ha de darse, en sana hermenéutica, a las limitaciones constitucionales a que están sujetos los Municipios en el ejercicio de su propio poder de imposición; ellas, pues deben ser entendidas en el sentido de que, tanto aquéllos, como los Estados, no pueden crear... impuestos sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional si el objeto del impuesto que pretendan crear, es el mismo del impuesto nacional y si uno y otro son de la misma naturaleza”.

En cuanto a los impuestos sobre la propiedad inmobiliaria, podríamos aceptar también una concurrencia del Poder Nacional, sólo que muy singular porque la Constitución en forma directa califica el objeto de imposición —manifestación del capital— y excluye por tanto de la competencia municipal el impuesto a la propiedad territorial. La Corte ha cuidado mucho que el impuesto al capital inmobiliario no se convierta ni formal ni consecuentemente en un impuesto a la renta. (Véase sentencia de 26/1/66 G. O. No. 27.955 de 4/2/66. Lo relativo a espectáculos públicos hasta hoy que sepamos no ha producido mayores controversias; y las patentes sobre vehículos según el parecer de expositores nacionales, no son otra cosa que tasas de circulación por el uso de bienes del dominio público.

ii) La segunda fuente de la competencia municipal está deferida por el constituyente al legislador nacional (artículo 31, ordinal 6^o), y es éste y nadie más quien puede crear en todo su contenido y alcances los tributos correspondientes por lo que a nuestro juicio no sería suficiente una ley habilitante o de autorización. Sin embargo, es posible sostener lo contrario y no hay decisión judicial que fije una interpretación concluyente. Se entiende que son aquellos tributos sobre los cuales tiene el Congreso un poder indiscutible, es decir los no atribuidos en forma expresa por el constituyente a las otras potestades. Su creación por el legislador amputa definitivamente la concurrencia de otros poderes. Así parece desprenderse de la sentencia de 25/1/65, G. O. No. 27.670 de 17.2.65, cuyos comentarios omitimos por razones de espacio.

iii) Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución “el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir... a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa”. Hay quienes han tratado de ver en esta norma constitucional una posible fuente atributiva de competencias tributarias en el sentido estricto que ostentan las anteriores, mas ello no es así: las materias expresamente de índole tributaria atribuidas por el constituyente, sólo pueden ser deferidas a otro beneficiario mediante una reforma constitucional y la norma del artículo 137 no tiene alcances suficientes para ello, aparte de que su propia formulación se desprende que el Congreso está limitado por la índole o naturaleza de la materia disponible. Aquí sí cabe pensar que la atribución que se haga no requiere ser expedida mediante ley formal, aunque sí organizada en esa forma cuando sean de aquéllas amparadas por la reserva legal. El tributo no es instrumento de descentralización administrativa; ni aquél ni ésta constituyen un fin en sí mismos, y sólo el constituyente o el legislador pueden respectivamente autorizarlo con carácter inmutable el primero, y crearlo de conformidad con la Ley de Hacienda el segundo en los casos en que lo permita el constituyente.

Un punto que merece consideración porque armoniza con los comentarios anteriores es el referente a las prohibiciones señaladas por la Constitución a los Estados (Art. 18) y extensivas al Municipio (Art. 34) con una adición que les impide “gravar los productos de la agricultura, la cría y la pesquería de animales comestibles con otros impuestos que los ordinarios sobre detalles de comercio”. “Veamos cómo han sido analizadas por la Corte Suprema estas limitaciones: en fallo de 1.6.67, dice la Sala:... para los autores de la Carta Fundamental, la prosperidad del comercio y las industrias, el aumento de la producción y el desarrollo integral de la economía del país, dependen básicamente

de que toda la superficie a que se extiende la soberanía nacional, forme un solo y vasto mercado, al cual tengan acceso, sin trabas surgidas de barreras arancelarias internas, al igual que los artículos importados, los que se producen en cualesquiera de las regiones que forman el mapa geográfico de la Nación. El constituyente considera que la libertad del comercio tiene como obligado y lógico complemento la libre circulación de los bienes en todo el territorio nacional, y si los Estados y Municipalidades en ejercicio de la autonomía que le es reconocida, pudieran gravar a su antojo la entrada o salida de los bienes que se producen dentro o fuera de sus límites, desconociendo esa realidad, se afectaría la integridad orgánica de la República, que es una e indivisible como entidad política y unidad económica en cuanto a los fines y propósitos señalados como metas esenciales en el preámbulo de la Constitución.

Por ello puede decirse que se violan los principios esenciales del ordenamiento jurídico sobre el que descansa la organización política, económica y social de la Nación, antes que una determinada norma constitucional, cuando algún órgano estatal o municipal, interpretando erradamente los intereses que representa, pretende crear una fuente de ingresos pechando el tránsito de bienes por un determinado punto de su territorio, particularmente si como en el caso de autos, aquéllos pueden también provenir de otras jurisdicciones.

Concretando estas consideraciones a una de las denuncias hechas en la solicitud es, además, evidente que la producción y movilización de productos forestales, pasó a ser materia rentística reservada a la competencia nacional, desde que la Ley Forestal de Suelos y de Aguas gravó tales actividades con los impuestos establecidos en sus artículos 105 y 106; y que, en razón de ello, cualquier impuesto estatal o municipal que grave la “producción” o la “movilización” de productos forestales, como lo hace el acuerdo impugnado, es manifiestamente contrario a la prohibición establecida en el ordinal 1º del artículo 18, indica el grado secundario de la competencia estatal como veremos luego, pero significa además que los municipios no pueden gravar las ramas de ingresos reservados al Poder Nacional, en el sentido de que ya no se trata de la creación de tributos a cargo de los habitantes del territorio, sino que sobre esas materias rentísticas (bienes nacionales, por ejemplo, o sus frutos) no hay competencia constitucional alguna. El beneficiario de la prohibición es en este caso una entidad pública, no un particular como pudiera creerse. Obsérvese que la República, por el contrario, no está sujeta constitucionalmente y de manera directa a esa prohibición, aunque la misma podría resultar del carácter “originario” (aceptemos la expresión en obsequio de la brevedad) que parece establecer nues-

tra Constitución en punto a competencias tributarias, lo que de paso encuentra hasta ahora respaldo en el fallo de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de 15.3.62 (G. O. No. 760, Ext. de 22.3.62) que decidió a favor de la Municipalidad del Distrito Federal, el recurso de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del contrato celebrado por la República con el Banco de Venezuela. Es decir, las materias rentísticas (y no todas son de orden tributario) del Poder Nacional no pueden ser objeto de tributación a favor de Estados y Municipios.

No puede el municipio gravar bienes de consumo antes de que entre en circulación dentro de su territorio, y, una vez ingresados sólo podrá aplicarles el impuesto en una medida igual al que pecha la producción nativa. De conformidad con el ordinal 3^o del citado artículo 18 no pueden prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio; —prohibición debidamente analizada y sancionada por el fallo de la Corte de 1/6/67. Tal prohibición equivale sin más a establecer “barreras arancelarias internas” lo que el sentenciador considera no sólo un atentado a la “integridad orgánica de la República”, sino una interpretación errada de los intereses que representa el municipio, y violatoria —en el sentido del fallo— “de los principios esenciales del ordenamiento jurídico sobre el que descansa la organización política, económica y social de la Nación”.

Por último el municipio le está constitucionalmente vedada la creación de impuestos sobre el ganado en pie o sobre sus productos o subproductos, y con respecto a esta prohibición se pronunció la Sala Político-Administrativa el 18 de noviembre de 1965, (G. O. No. 27909 de 8 de diciembre de 1965) al declarar nula una Ordenanza que creaba un registro de la propiedad de bestias y ganado mayor, de uso obligatorio y una exacción consiguiente a título de tasa (Bs. 3,00) cobrable mediante una tarifa progresiva en razón del número de semovientes registrados. En su parte pertinente dice el fallo: “En el caso concreto, se confunde la base de imposición prevista por la Ley para la exigencia del tributo (determinación del bien cuya manifestación y traspaso de propiedad da lugar al tributo) con un supuesto servicio de la Administración.

En efecto, la base impositiva se da, con la declaración que debe hacer el contribuyente a la Administración de la existencia de los bienes sujetos a gravamen, producida la cual aparece el acto impositivo y con éste, la relación jurídico tributaria entre el ente público y el particular que da origen a la aplicación del impuesto, pues el valor que se cobra a título de tasa no reúne tal carácter, ya que la materia de la propiedad de bestias y ganado mayor que la Ordenanza persigue regular, conforme a su misma denominación, no resulta protegida en dicha ley, que sólo viene a gravar

la manifestación y traspaso de los bienes declarados como propios por el contribuyente, operación esta que tampoco puede ser gravada por el Municipio, por disponerlo así el artículo 34 de la Constitución, según el cual, aquél no podrá gravar los productos de la cría con otros impuestos que los ordinarios sobre detalles de comercio.

En consecuencia, la exacción contemplada en la Ordenanza que se discute reúne los elementos constitutivos del impuesto, puesto que en ella se presentan y configuran, en primer lugar, la riqueza individual como materia imponible, el sujeto pasivo del impuesto, cuya capacidad contributiva se mide teniendo en cuenta los hechos y circunstancias que la determinan; el objeto del impuesto, tipificado en el presupuesto legal relacionado con la titularidad de un derecho real, constituido por los traspasos y manifestaciones de propiedad sobre bestias y ganado mayor; la base imponible, manifestada en la estimación y determinación de la especie cuyo registro de propiedad da lugar al tributo, y, por último, la tarifa cuya aplicación progresiva se realiza en proporción al número de especies registradas, “constituida por el tipo impositivo de cuya aplicación a la base imponible surge la cuota tributaria”.

Con relación a lo expuesto, se advierte, que según el artículo 34 de la Constitución, los Municipios están sujetos a las limitaciones establecidas para los Estados de la República en el artículo 18 de la misma, y, en consecuencia, no pueden crear impuestos sobre el ganado en pie o sobre sus productos o subproductos, conforme al ordinal 4º del artículo 18. Tal medida tiene su aplicación en el postulado constitucional que atribuye al Poder Nacional, como materia propia de su competencia, la conservación y fomento de la producción ganadera, de donde se infiere que la regla legal discutida aparece dentro de las limitaciones consagradas en el Estatuto Fundamental para impedir al Municipio intervenir en asuntos extraños a los de su competencia”.

En lo que respecta a la posibilidad de que la patente de industria y comercio sea aplicada sobre las ventas al por mayor que hagan las empresas filiales de PETROVEN, esto es, sobre la solución elemental, lógica y fatal de la actividad minera y de hidrocarburos, la que va desde la exploración hasta la puesta en el mercado como necesario paso previo al consumo público, la Contraloría cree prudente, y con ello entiende dar respuesta al primero de los puntos planteados en la consulta, resumir el parecer oficial presentado por la Procuraduría ante la Corte Suprema de Justicia en diversos recursos promovidos por las ex-concesionarias.

“En la doctrina federalista, la interpretación liberal de la Constitución reconoce que los poderes del gobierno federal deben tener la extensión necesaria para que puedan lograrse efectiva-

mente los fines tenidos en mira al constituir la Nación. Incluso en aquellos casos en que se trata de poderes reservados al gobierno federal, debe entenderse que el concepto de reserva es genérico; no puede pensarse por tanto que está circunscrito a ciertos aspectos y a otros no, sino que es total. Los poderes del gobierno federal deben interpretarse liberalmente, dentro de lo que constituye su propio campo de acción, delimitado por la Ley Suprema. Una potestad tributaria dentro del estado federal, no puede restringir o limitar directamente o por vía de consecuencia los poderes que expresa o implícitamente le han sido fijados por el constituyente al gobierno de la República o del Estado Federal. La norma así entendida resulta de la naturaleza y finalidad política que tiene el estado federativo organizado por la Constitución, dentro del cual existen y funcionan generalmente dos órdenes distintos de gobierno, con sus poderes peculiares y con esferas de acción propias”.

“Allí donde una potestad o poder tributario constituido —como es el caso entre nosotros del municipio— pueda, mediante el uso de sus instrumentos constitucionales, poner en entredicho o vulnerar el “rendimiento” económico de un recurso tributario de vigencia nacional, cabría preguntar si no resulta burlado el propósito del constituyente, que no puede ser otro, que el de establecer la exclusividad necesaria para que el producido de ese recurso sirva de base económica o financiera suficiente de un gasto público que aprovecha a toda la colectividad. Pues bien, el impuesto sobre la renta es, junto con el ingreso de derecho privado proveniente del dominio territorial sobre los hidrocarburos, la base financiera fundamental del Estado venezolano. Tales aseveraciones resultan de lo siguiente: la atribución exclusiva al poder nacional y vedada por tanto a otros entes, puede más o menos regirse por las consideraciones que siguen: 1) es tal cuando se le da ese carácter por expreso lenguaje de la Constitución y se prolonga hasta las llamadas competencias implícitas o consecuenciales (impuestos sobre la renta, sobre importaciones, sobre herencias, etc.); II) cuando en una parte de la Constitución se acuerda tal atribución al poder nacional y en otra parte se prohíbe a la otra potestad de ejercer una atribución semejante, y III) cuando un poder similar de los estados o de los municipios sería inconsistente con y repugnante a la atribución conferida al Congreso, vale decir, cuando la materia que es objeto de imposición es de carácter nacional y SOLAMENTE PUEDE SER GOBERNADA POR UN SISTEMA UNIFORME. Así lo tenía previsto la Constitución de 1881: Conforme a su artículo 13, “los Estados de la Federación Venezolana se obligan”... “a ceder al Gobierno de la Federación la administración de las mismas... con el fin de que sean regidas por un

sistema uniforme...”, (ord. 15). Tal conclusión resulta además del más simple análisis que se haga de la parte pertinente del ordinal 25 del artículo 136 de la Constitución vigente. En efecto, es de la competencia del Poder Nacional “toda otra materia que le corresponda por su INDOLE O NATURALEZA”. Con este pronunciamiento el constituyente viene a respaldar lo que ya había establecido en el ordinal 8º del mismo artículo en materia de impuesto sobre la renta: por su índole, este tributo —eje de todo sistema tributario racionalmente establecido— no puede ser manejado sino por una sola autoridad, porque grande es su producido y porque por su finalidad es de vasta y dilatada influencia; y en lo que toca a su naturaleza debe y tiene que ser regido por un sistema legal que atribuya a la inisma competencia las fuentes de riqueza que lo sustentan. Y todo esto a su vez, constituye una de las bases para que el sistema tributario nacional se oriente al progreso de la economía nacional. Conforme a la tesis del Juez Marshall de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, de innegable proyección histórica porque al decir de uno de sus comentaristas, constituye su más importante documento político, el gobierno federal, aunque limitado en sus poderes, es supremo y sus leyes cuando están hechas de acuerdo a la Constitución, forman la ley suprema de la Nación, no obstante cualquier disposición en contraric en la Constitución o leyes de algún poder: “...un gobierno al que se han confiado tan amplias atribuciones y de cuya ejecución depende tan vitalmente la felicidad y prosperidad de la Nación, debe también estar dotado de ampliso medios para su ejecución. Una vez otorgado el poder, está en el interés de la nación el facilitar su ejecución. Nunca puede ser su interés, y no se puede presumir que haya sido su intención, dificultar su ejecución rehusando los medios más apropiados”. Las exigencias de la Nación, admitirían una interpretación de la Constitución que haría difícil, arriesgada y costosa la fijación o consecución de las vías necesarias para lograrla. Se puede adoptar una interpretación (a menos que las palabras lo requieran imperiosamente) que imputara al constituyente, al otorgar esas facultades para el bien público, la intención de dificultar su ejercicio, rehusando una selección de medios? Si tal fuera el mandato de la Constitución sólo nos restaría obedecer; pero la Constitución (en Venezuela) no declara su intención de enumerar los medios por los cuales puedan ser ejecutados los poderes que confiere. Entre nosotros, la Constitución reserva a la competencia del poder nacional todo lo relativo a “la organización, recaudación y control de los impuestos a la renta”, y por ser innecesario, dadas las razones ya expuestas, no especifica de qué renta se trata y, en consecuencia, surge la obligatoriedad para los otros poderes del Estado

de respetar el objeto impositivo señalado como exclusivo y de no lesionarlo directa o indirectamente en el caso de los hidrocarburos, materia igualmente exclusiva del poder nacional. Conforme a la misma tesis del Juez Marshall “debe haber sido intención de quienes otorgaron al poder nacional aquellas facultades de las cuales depende esencialmente el bienestar de la Nación, asegurar su ejercicio benéfico, tanto como la prudencia humana pueda asegurarlo. Esto no podría ser hecho confiando la elección de los medios y sus alcances y, por ende, sus limitaciones a los otros poderes, en forma tan limitada como para no dejar al Congreso la facultad de adoptar cualquiera que pudiera ser apropiado y que condujera al fin perseguido”. El carácter supremo que tiene en Venezuela el poder nacional para regular todo lo relativo a las minas e hidrocarburos y al impuesto sobre la renta, impide a cualquier otra potestad tributaria, un ejercicio de poder que sea por su naturaleza o efectos, incompatible con el ejercicio pleno de aquella facultad, “porque un acto municipal incompatible con uno del poder nacional lo anula tan expresa y materialmente como si se hubiera usado términos expresos de abolición” Pues bien, no otra cosa sucede con el cobro de patentes que pretende hacerse a la industria petrolera: materialmente resulta anulado en buena parte y bien quebrantado en su totalidad o en el resto, el producido del impuesto sobre la renta, desde el momento, mismo que toda contribución municipal es un gasto necesario para producir la renta objeto de imposición nacional y siendo así, es deducible y en definitiva, en el proceso económico —a cuyo progreso, repetimos, debe orientarse en conjunto al sistema tributario— carga con ella al Fisco Nacional”.....

La inmunidad fiscal es un principio implícito en todo sistema federal. Para que este sistema pueda funcionar normalmente y para que la política financiera y económica del Estado pueda desarrollarse de manera coherente, es indispensable que las actividades de la federación no sean perturbadas o menoscabadas por los Estados miembros o por los Municipios. En efecto, a través del poder impositivo, cualquiera de las entidades públicas puede cambiar los efectos económicos de una imposición establecida por otra de las entidades públicas. Así, la creación de un sistema tributario nacional, basado en la progresividad fiscal, puede perder su sentido financiero y económico-social mediante una fuerte tributación regresiva de los entes locales. Pero, además, cada entidad pública se propone alcanzar sus fines. Para ello dispone de bienes, rentas y servicios. Si otra entidad pública pudiera gravar esos bienes, rentas y servicios, la autonomía de cada una de esas entidades se verá fuertemente amenazada.

Por otra parte, no hay que olvidar que el monto del impuesto es teóricamente limitado. La única limitación constitucional, es que no constituya un impuesto confiscatorio. Si teóricamente el poder tributario no tiene límites desde el punto de vista político, en un sistema democrático la opinión pública actúa como factor limitante. Como el poder impositivo toca a los electores, este hecho es suficiente garantía de que no se establecerá impuestos excesivos. En cambio, si el impuesto recae sobre una actividad estatal, ya sea nacional, estatal o municipal, esta garantía no existe. Es conveniente destacar este hecho. Los Concejos Municipales prefieren gravar las empresas estatales, tales como C.A.N.T.V., C.A.D.A.F.E., y el I.N.O.S., porque la imposición sobre esas empresas no despierta las mismas reacciones que levantan cuando los impuestos deben pagarlos los electores. Ese Alto Tribunal, en fallo de 5 de octubre de 1970, ha dejado sin efecto un acto impositivo municipal contra la primera de las mencionadas entidades”.

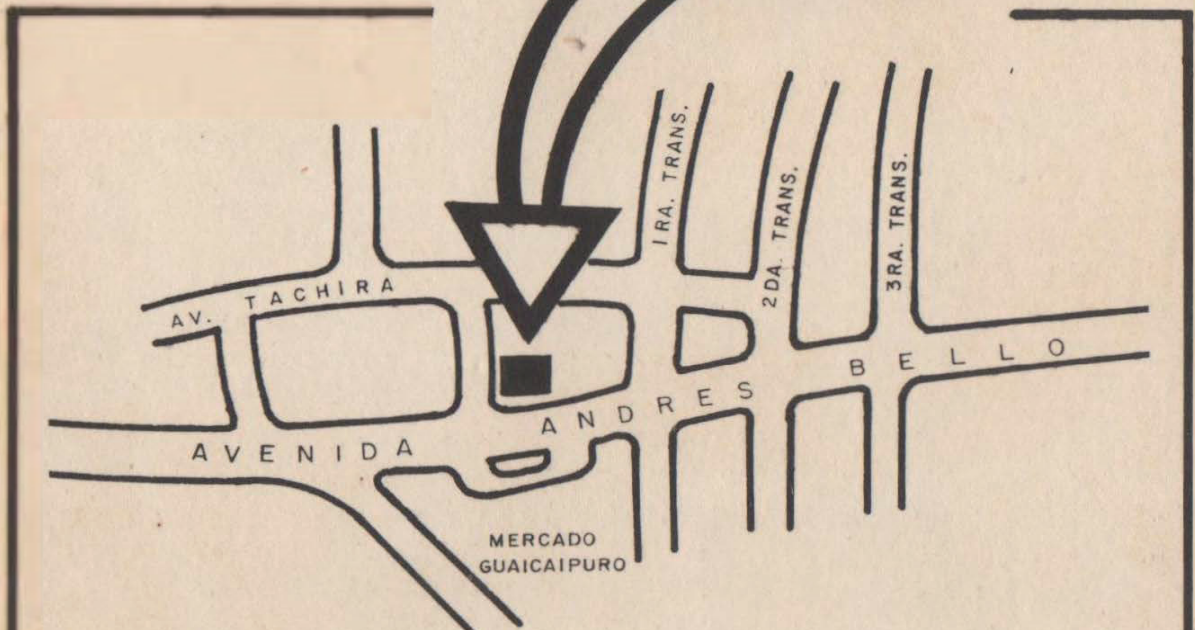
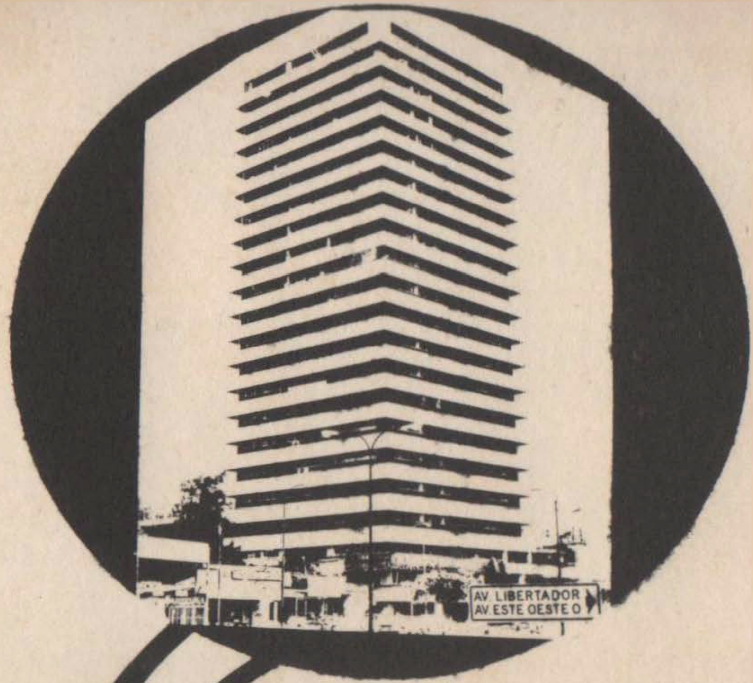
Ahora bien, en lo que toca a los inmuebles urbanos, es evidente, indubitable y plena la competencia del municipio. Capacitado como está para fijar dentro de la extensión de sus ejidos el límite geográfico del llamado perímetro urbano, ejercita cuando llega a tal fijación, un poder constitucional que como tal, lleva aneja la posibilidad de implementarlo en la medida que lo requiera su ejercicio; el vicio de inconstitucionalidad que pudiera encontrarse en decisiones al respecto sólo sería tal —entre otros supuestos— si el tributo municipal incide directamente o por vía de consecuencia sobre objetos reservados a la competencia del poder nacional, esto es, que se trate de la misma materia o acto gravado. El que el municipio pueda, cuando del impuesto a los inmuebles urbanos se trata, localizar estos geográficamente no es otra cosa que la más elemental consecuencia de la facultad de implementar su competencia o de crear los medios para hacerla efectiva según lo que ya se ha expuesto, y en la materia no cabe otra alternativa que aceptar el concepto en los términos del Código Civil: inmuebles pura y simplemente, con todo lo que es consecuencia de la definición o enumeración legal. Cuando más cabría argumentar alrededor de la noción “urbanos” para decir que esta surge con sus efectos legales cuando el municipio dote la zona de los servicios elementales de obligatoria prestación y con todo y ello, se arribaría en principio, a una cuestión de concepto al margen de la definición del constituyente: son efectivamente impuestos o más bien tasas las contribuciones que gravan la propiedad inmobiliaria? Sin embargo ya no se discute que el impuesto no es una contribución contraprestativa ni que tiene su causa en la capacidad contributiva del obligado. Dijo en efecto la Corte Suprema de Justicia en fallo de 20.7.65: “De modo pues que, a juicio de la Corte, la distinción, entre estas

dos categorías de exacciones fiscales —impuestos y tasas— establecida, desde luego, con elementos jurídicos, pues ya a esta altura resultan insuficientes los meramente económico-financieros, estriba básicamente, en que, mientras el fundamento del impuesto es la expresión de una determinada capacidad contributiva cualquiera no vinculada singularmente con servicio alguno, el fundamento de la tasa es la realización de una actividad del ente público respecto al obligado, su enlazamiento con un servicio estatal hacia éste...” Entonces, el único asidero que resta para fundamentar la posible inmunidad radicaría en el concepto de utilidad pública que ampara las actividades mencionadas en el artículo 1º de la ley de reserva, así como las obras, trabajos y servicios que fueren necesarios para realizarlas; pero dicha categoría en ninguna parte y por ningún concepto puede erigirse por sí sola con efecto suficiente para quebrantar potestades constitucionales; cuando más para explicar algunas situaciones de privilegio (inembargabilidad, derecho a expropiar, etc. etc.) porque la noción de servicio público que explica el fallo relativo a la CANTV —a la que también podría apelarse— no cabe en una explicación seria de la naturaleza de la industria: el suministro oportuno, seguro, estable, de derivados si que lo es, y en fin, la circunstancia de que sea el Estado venezolano el único accionista y de que las empresas sean instrumentos de gobierno no es seria: se acepta o nó con todos sus efectos la persona jurídica como entidad distinta de sus socios o accionistas.

En lo relativo a las patentes sobre vehículos no encontramos razón alguna que justifique la exención, el privilegio o la dispensa a favor de las empresas filiales de PETROVEN, porque jurídicamente son entes distintos de su accionista único que es el Estado venezolano y aunque así no fuera, la casa matriz —empresa pública por donde se le mire— no podría alegar fuero alguno ante la categórica expresión del constituyente y porque además el tributo municipal en referencia es de aquellos que entran en lo que podríamos llamar competencia mínima o elemental que no roza ni directa ni remotamente con las otras competencias tributarias.

(Oficio CG—63 de 11-3-76.

**LA CONTRALORIA
EN SU
NUEVA SEDE**



Se informa a todos los interesados, tanto del sector público, como del privado, que la Contraloría General de la República, ya ha sido trasladada a su nuevo edificio sede, situado en la Avenida Andrés Bello, intersección con el Callejón Los Llanos, Sector Guaicaipuro.

Caracas, Mayo de 1976