

# **EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PUBLICO EN LA LEY CONTRA EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PUBLICOS**

Ezra Mizrachi  
*Profesor de Derecho Administrativo  
de la Universidad Central de Venezuela*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. LA NOCION DE FUNCIONARIO PUBLICO EN LA LEY CONTRA EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO
- III. LAS ATRIBUCIONES DEL CIEI
- IV. CONCLUSION

## I. INTRODUCCION

La Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos (LCE.I.), tal como lo anuncia su propio título, está construida en torno a la noción de "funcionario o empleado público".

No solamente los empleados o funcionarios públicos constituyen el ámbito de aplicación subjetivo o personal de la Ley, sino que todas las instituciones que la misma crea giran en torno a dicha noción. Así, el artículo 1º de la Ley, determina el ámbito subjetivo de aplicación, y el artículo 2º define la noción de empleado o funcionario público. Con referencia a esta categoría de personas se establece la obligación de presentar declaración jurada de bienes, créditos y débitos (artículos 3 y siguientes); las atribuciones de la Comisión Investigadora (artículo 15); la tipificación del enriquecimiento ilícito (artículo 25) y el régimen de la prueba en los procesos tendientes a determinar la existencia de enriquecimiento ilícito.

La calificación de alguna persona como funcionario o empleado público constituye un elemento previo, cuya resolución determina el contenido de la decisión que adopte la Comisión Investigadora y, en especial, la declaratoria de "investigado" y la adopción de las medidas cautelares indicadas en el ordinal 2º del artículo 15 LCEI y el Decreto Nº 116 de 31 de Marzo de 1958.

## II. LA NOCION DE FUNCIONARIO PUBLICO EN LA LEY CONTRA EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO

El artículo 2º de la Ley que se comenta contiene tres declaratorias, que deben analizarse en forma separada, para establecer el universo de los sujetos a quienes es aplicable.

La primera declaratoria coincide, sustancialmente, con el concepto tradicional de funcionario o empleado público, utilícese como criterio el ejercicio de una función pública, o el de la relación de empleo público. Los dos segundos ordinales del artículo comentado contienen ficciones que confieren la calidad de empleados o funcionarios públicos a quienes no tendrían tal condición, de aplicarse únicamente el ordinal 1º del artículo 2º LCEI. La norma citada tiene el siguiente texto: “Para los efectos de esta ley se consideran funcionarios o empleados públicos:

1º) Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, Distrito Federal, Territorio o Dependencia Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades”.

La disposición transcrita utiliza los criterios que tradicionalmente han empleado nuestras jurisprudencia y doctrina para calificar a una persona como empleado o funcionario público, y coincide sustancialmente con la disposición contenida en el ordinal 1º del artículo 236 del Código Penal: “Para los efectos de la Ley Penal se consideran como funcionarios públicos, 1º) Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la Ley a la tutela de cualquiera de estas entidades”. La diferencia entre ambas normas consiste en que la LCEI no distingue entre funcionario y empleado público, al mencionar expresamente la frase “empleado público”, que no se encuentra en la norma del Código Penal. De esta manera, y siguiendo el mismo criterio que otras leyes (en especial, la Ley de Carrera Administrativa), se hace irrelevante la distinción entre funcionario y empleado público.

En relación a la distinción entre funcionarios y empleados públicos, nuestra jurisprudencia ha sido vacilante.

Tal como se señala en una sentencia de 29 de Noviembre de 1971 de la Corte Superior Tercera de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda:

“Distintos y contradictorios han sido en las diversas legislaciones, entre ellas la nuestra, los conceptos para definir el empleado público y diferenciarlo del funcionario, razón por la cual la Corte se permite invocar jurisprudencia sentada en tal sentido por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, así: “Varios criterios adopta la doctrina para determinar la condición de funcionario o de empleado en la vasta y múltiple escala de los servidores de la Administración Pública. Sin embargo, admítase que para ser funcionario público, como característica necesaria se debe estar investido de funciones estatales, es decir, que interesen al Estado como Sociedad constituida y así el mandato conferido por la autoridad legítima a aquella persona comprenda o no delegación de facultades, es decir, si en el empleado o funcionario público concurren de una parte el *munus publicum* y, de otra, el correspondiente *imperium*. Basta en cambio, opinión igualmente generalizada en la doctrina, para ser empleado público la existencia del cargo o destino en el cuadro de funcionarios del Estado, la permanencia del empleo, el nombramiento y la prestación efectiva del

servicio mediante las formalidades legales, sin necesidad, por tanto, de ejercicio de función pública propiamente dicha" (Sentencia de 29-11-1971, Corte Superior Tercera, en *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1971, 4º Trimestre, Nº XXXII, página 341).

Está pacíficamente admitido, en la doctrina nacional de Derecho Administrativo, que las nociones de funcionario o empleado público, si bien conceptualmente distintas, son equivalentes en lo que concierne a la calificación contenida en el ordinal 1º del artículo 2 de la LCEI. Pero ello no significa que la conceptualización de funcionario o empleado público pueda o deba hacerse, en esta materia, conforme a criterios distintos de los aplicables conforme a nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina para delimitar el concepto de empleado o funcionario público. En tal sentido cabe citar el desarrollo que el Dr. Eloy Lares Martínez hace de su definición de funcionario o empleado público. Luego de señalar que carece de utilidad en nuestra legislación la distinción entre funcionario y empleado público, los define así: "Funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales" (*Manual de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Caracas 1978, p. 378).

La definición transcrita coincide sustancialmente con el contenido del ordinal 1º del ya tantas veces citado artículo 2 LCEI, de una manera más sintética.

Continúa el citado autor: "Conviene desarrollar los diversos elementos que integran la anterior definición:

a) Es necesario que el ingreso a la Administración se realice en virtud de nombramiento de la autoridad competente, de elección popular o del cuerpo calificado para ello, de sorteo o de otro sistema autorizado por las leyes que rijan la materia, que son naturalmente, normas de derecho público.

"La Ley puede autorizar el ingreso a la función pública mediante la celebración de contrato, que en este caso sería un contrato de derecho público. Se considera que está dada la autorización legislativa cuando en el presupuesto figura una partida destinada expresamente a ese fin.

"b) Es indispensable que el individuo, para ser funcionario o empleado público, participe en el ejercicio de funciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas. Puede tratarse del ejercicio de la función legislativa, administrativa o judicial, por lo que los funcionarios pueden ser de origen legislativo, administrativo o judicial.

"c) No puede ser calificado como funcionario público quien no esté al servicio directo de una persona pública estatal: La República, un estado, un municipio, un instituto autónomo. En lo tocante a los institutos autónomos, piezas de la Administración descentralizada, los cuales forman parte del Estado, su personal está sometido al mismo régimen de los servidores de la Administración centralizada" (*op. cit.*, páginas 378 a 380).

En mi opinión, los elementos señalados por el Dr. Eloy Lares Martínez al desarrollar su definición de empleado o servidor público deben ser aplicados en la interpretación del ordinal 1º del artículo 2 de la LCEI. Por ello, para ser sujeto de las disposiciones de la LCEI, es necesario el ejercicio de una función o empleo público, mediante nombramiento o cualquier otra forma de designación señalada por el derecho

público, y que se preste servicio a un órgano del Estado —del orden legislativo, ejecutivo o judicial, o a una persona pública bajo la tutela de una persona pública territorial.

Lo dispuesto en los ordinales 2º y 3º del artículo 2 LCEI constituyen ficciones, que extienden la calificación de empleado o funcionario público a personas que normalmente no la tendrían.

Conforme al ordinal 2º del artículo 2 de LCEI, se consideran funcionarios o empleados públicos a “los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el número anterior, estén encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la Nación, al de los Estados o municipalidades, o al de los institutos o establecimientos sometidos por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades”; y de acuerdo al ordinal 3º, tienen también esa cualidad, “los administradores de sociedades civiles o mercantiles, cuando su elección o designación dependa del gobierno de la Unión, de los Estados, de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades”.

Son las normas transcritas las que fundamentan afirmaciones como la contenida en un dictamen de la Procuraduría General de la República:

“El concepto de ‘funcionario público’ en la Ley de Carrera Administrativa y el concepto de ‘funcionario público’ en la LCEI de funcionarios o empleados públicos no es el mismo. La Ley de Carrera Administrativa no trae ningún concepto de lo que es un funcionario. Han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han dado la tarea de hacerlo. La LCEI trae una definición de funcionario público ‘a los efectos de esta ley’. Lo que equivale a decir que la definición que hace esa Ley es sólo aplicable dentro del marco de dicho texto, es decir que no podría sostenerse que quien es funcionario público para la LCEI, está sometido a las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa. Como tampoco es válido admitir que quien no está amparado por la Ley de Carrera Administrativa sino por la Ley del Trabajo, tampoco está sometido a la LCEI, pues ambas nociones son distintas pero no excluyentes. Es decir, que en la mayoría de los casos coincidirán en los mismos sujetos, pero es posible que para ciertos casos no sea así. Esto obedece a una razón muy simple, la LCEI, que es anterior a la Ley de Carrera Administrativa, elaboró su propio concepto de funcionario público en razón del interés protegido.

“El interés protegido en ambas leyes es muy distinto. En la Ley de Carrera Administrativa los intereses protegidos son especialmente dos: 1º) Asegurar la buena marcha de la Administración Pública en sus relaciones con sus empleados, y 2º) Establecer cuáles son los derechos y deberes del funcionario.

“En el caso de la LCEI, el interés protegido es fundamentalmente ‘el interés político-administrativo del Estado en el fiel y leal cumplimiento de las funciones por parte de sus representantes’ (ver, Arnoldo García Iturbe: *Delitos Contra la Cosa Pública y Contra la Administración de Justicia*, página 23 y ss., colección Tesis Doctorado. Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.V.).

“Esto no significa, como lo sostiene el citado autor, que indirectamente hay otros intereses que resultan tutelados, como el patrimonio del Estado o de los particulares.

“Es interesante destacar que la LCEI es una Ley especial cuya razón de ser no es castigar a quienes cometen delito contra la cosa pública, para lo cual están previstas sanciones en el Código Penal, artículos 195 y siguientes. Esta Ley busca establecer me-

canismos que propenden al saneamiento de la Administración Pública, y para ello castiga un delito especial denominado Enriquecimiento Ilícito (artículo 25, LCEI). De allí que el concepto de funcionario público que nos da la Ley es un concepto muy amplio, amplitud que se pone de manifiesto siempre que el legislador venezolano dicta leyes que protejan los intereses pecuniarios del Estado.

“Esta amplitud de criterio, como lo señala el Dr. García Iturbe, ‘debe ser interpretada con sumo cuidado’, pues no debe olvidarse que las leyes penales son de interpretación restringida (*ob. cit.*, pág. 28)” (Dictamen del 15-9-77. En *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1977*. Caracas 1978, págs. 121 y ss.).

La interpretación de los ordinales 2º y 3º del artículo 2 de la ley citada ha dado lugar a dictámenes de diversos organismos públicos, entre ellos la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República. En la doctrina sentada de uno y otro organismos, se utiliza una interpretación estricta o taxativa de las normas citadas, al considerar —por ejemplo— que solamente son funcionarios públicos en el sentido de la LCEI y, por tanto, sujetos a la obligación de declarar sus bienes, aquellos miembros de un órgano colectivo de una sociedad que sean designados por el Estado. Así, en dictamen de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República de 17 de Octubre de 1975, luego de transcribir el ordinal 3º del artículo 2 de la Ley en referencia se señala:

“Respecto a esta disposición tiene decidido la Sala Político-Administrativa, entre otras sentencias, en la de 13 de Agosto de 1964 (véase *Gaceta Forense* Nº 45, segunda etapa, páginas de la 262 a la 267), lo siguiente:

‘... y por vía de ficción legal, la misma disposición considera también funcionarios o empleados públicos a otras personas no comprendidas en el grupo anterior por no derivar su carácter de funcionario o empleado público de la circunstancia de estar investidas de una función pública o de desempeñar un cargo público; pero que, en razón de la naturaleza de la función que ejercen o del servicio que prestan, el Legislador consideró conveniente asimilar a la condición de funcionarios o empleados públicos; como son, en efecto, los particulares encargados de la administración de inmuebles pertenecientes a las entidades públicas mencionadas (ordinal 2º); y los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuya elección o designación dependa de las mismas entidades públicas (ordinal 3º).

“Dentro del Banco de los Trabajadores y conforme a la Ley de su creación, el Gobierno Nacional, en su carácter de propietario de las acciones clase “B” e independientemente del número de ellas que posea, designará seis miembros del Consejo de Directores y a sus respectivos suplentes. Para determinar la situación jurídica de dichas personas y el régimen de su responsabilidad hay que considerar dos supuestos posibles: Que dichas personas sólo sean representantes del Estado dentro de la sociedad de economía mixta, pero sin ser a su vez funcionarios o empleados de la Administración Pública, vale decir, sin prestar servicios en dependencia alguna de éstas. En este caso, frente al Estado, la situación de las personas que le representan dentro de la sociedad de economía mixta, hállese exclusivamente regida por las normas propias del mandato (derecho privado). En cambio, cuando dichas personas aparte de representar al Estado en la sociedad de economía mixta, sean también funcionarios o empleados de la Administración Pública prestando los correlativos servicios en alguna de sus dependencias, la

situación de esas personas tiene un doble carácter: 1º) Como representante suyo en el seno de las sociedades de economía mixta, 2º) Como funcionarios o empleados de la Administración Pública. Como funcionarios o empleados de la Administración Pública tales personas se vinculan a éstas por una relación de empleo público. Ambas relaciones son totalmente extrañas entre sí y nada tiene que ver la una con la otra.

“Ahora bien, una lectura de las atribuciones que corresponde ejercer a dicho Consejo de Directores (artículo 35) permite apreciar que algunas de ellas (por ejemplo, conocer de los contratos que tengan por objeto operaciones de crédito internacional y autorizar inversiones con cargo a las utilidades acumuladas o aumentos del capital del Banco) entrañan el ejercicio de una actividad de administración.

“El órgano colegiado, carácter que, sin duda, tiene el Consejo de Directores, es aquel integrado por personas físicas, por sí o como órganos de otros entes, los cuales manifiestan una voluntad que viene a constituir la del órgano colegiado. Los actos emanados de órganos de tal naturaleza son actos simples y no complejos, por la sencilla razón de que emanan de una sola voluntad formada a través de personas físicas.

“Y por análogas razones a la expuesta, el miembro del Directorio Ejecutivo elegido por los seis miembros del Consejo de Directores que a su vez son designados por el Gobierno Nacional como propietarios de acciones clase “B”, también está obligado a hacer declaración jurada de bienes en los términos del artículo 3º de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Es obvio que no sería argumento suficiente para eximirlo de esta obligación el hecho de que su elección procede en segundo grado, por así decirlo, pues hallándose demostrado que los seis miembros del Consejo de Directores, sus electores, no tienen otro carácter que el de mandatarios, la voluntad que éstos manifiestan en el acto de su elección la adoptarán con el mismo carácter de representantes del Gobierno Nacional”. (*Dictámenes de la Consultoría Jurídica de la Contraloría General de la República*, Tomo V, 1969-76. 612 y 613).

Aun cuando no lo señala expresamente el dictamen parcialmente transcrito, es evidente que por interpretación *a contrario* no están sujetos a la obligación de hacer declaración de bienes —vale decir, no son sujetos de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito— aquellos otros miembros del Consejo de Directores y del Directorio Ejecutivo del Banco de los Trabajadores que sean elegidos por accionistas distintos del Gobierno Nacional.

En el mismo sentido se había pronunciado la Procuraduría General de la República, en dictamen de fecha 9 de Octubre de 1965:

“Finalmente, por lo que respecta a la obligación de hacer declaración jurada de bienes, de nuevo habrá que distinguir entre los directores (del Banco Central de Venezuela) designados por el Ejecutivo y los designados por otra vía: aquéllos están obligados a presentar la declaración, en tanto que éstos no, por expreso mandato del ordinal 3º del artículo 2 de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios o empleados públicos”.

De lo anteriormente expuesto debe concluirse que el ámbito personal de aplicación de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios o empleados públicos, tal como es tipificado por la propia Ley, es el siguiente:

1º) Los que estén investidos de una función pública, aun transitoria, remunerada o *ad honorem*, o estén vinculados por relación de empleo con una persona pública, territorial o institucional.

2º) Las personas que, sin estar comprendidas en el número anterior, estén encargadas de la administración de inmuebles propiedad de personas públicas.

3º) Los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa de una persona pública.

### III. LAS ATRIBUCIONES DE LA COMISION INVESTIGADORA CONTRA EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS

Tal como se dijo al inicio, la noción de funcionario o empleado público es el eje central del sistema de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito. Todas las instituciones de dicha Ley, sustanciales y adjetivas, tienen un presupuesto común: el carácter de funcionario o empleado público.

Ello aparece inequívocamente de los dispositivos de los artículos 10, 15, 16, 20 LCEI. Conforme al primero de los artículos citados, "La Comisión Investigadora contra el Enriquecimiento Ilícito ejercerá las atribuciones que le señala esta Ley...", las cuales son enunciadas en el artículo 15:

"1º) Abrir la investigación correspondiente cuando tuviere conocimiento o le fuere denunciado el hecho de que algún *funcionario público* ha incurrido en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal, o de faltas sancionadas por las leyes fiscales, erogado cantidades que excedan de sus posibilidades económicas o acumulado riqueza en el extranjero.

"2º) Proceder por órgano de autoridad judicial al aseguramiento de los bienes cuya legítima procedencia no haya podido justificar el *funcionario*. En este caso la autoridad judicial acordará la medida solicitada sin sujetarse a los trámites previstos en el Código de Procedimiento Civil.

"3º) Declarar la procedencia o improcedencia de las denuncias que le sean formuladas".

"Cuando del estudio de las declaraciones juradas rendidas por el *funcionario* o del conocimiento de la comisión investigadora o del informe de la Contraloría General de la Nación, o de denuncias formuladas por cualquier persona apareciere que se han cometido hechos a los cuales se contrae esta Ley, se observará el procedimiento indicado en este título (artículo 16), "*Los particulares y funcionarios o empleados públicos están obligados a rendir declaración* de los hechos que conozcan y a presentar a los miembros de la Comisión Investigadora o a sus delegados, libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que se averigüe. Cuando se trate de la inspección de cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia la comisión la hará efectuar por órgano de autoridad judicial" (artículo 18).

La última de las normas transcritas corrobora el que solamente los funcionarios o empleados públicos son los destinatarios de la Ley, al establecer en forma expresa

un deber de colaboración en las investigaciones a quienes no tengan aquel carácter. De este deber de rendir declaraciones y suministrar documentos e informaciones no puede deducirse que el particular tenga el carácter de investigado, ni de sujeto activo de alguno de los delitos citados en el artículo 15 LCEI, ni de la conducta —enriquecimiento ilícito— tipificada en el artículo 25 LCEI.

“Como necesaria consecuencia, no puede la Comisión Investigadora ordenar las medidas cautelares del artículo 15 LCEI, ordinal 2º, respecto de quien carezca de la cualidad indispensable para ser investigado: el carácter de funcionario o empleado público.

La lectura del artículo 20 de la Ley citada corrobora la anterior afirmación:

“Terminada la averiguación, si no resultaren probados los hechos investigados, la Comisión hará declaración expresa de ello; en caso contrario procederá en la siguiente forma: Si apareciese fundado indicio de que el funcionario o empleado ha cometido alguno de los delitos previstos en los artículos 195, 196, 197, 198, 199 y 205 del Código Penal, solicitará del funcionario competente que ejerza el Ministerio Público el enjuiciamiento correspondiente.

“Si de las actuaciones apareciese que el funcionario o empleado ha incurrido en cualesquiera de los hechos previstos en el numeral 7º del artículo 172 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, se remitirán las actuaciones al Contralor General de la Nación.

“Si solamente existieren fundados indicios de enriquecimiento ilícito por parte del funcionario o empleado público, se remitirán las actuaciones al Procurador General de la Nación a objeto de que intente las acciones correspondientes”.

Como se observa, todas las normas transcritas tienen como supuesto necesario el carácter de funcionario o empleado público de la persona investigada; por ello, el primer punto que debe la Comisión Investigadora decidir, con carácter previo, es si la persona respecto de la cual se pretenda abrir o sustanciar una averiguación es o no empleado o funcionario público, pronunciamiento del cual deriva la competencia o incompetencia del órgano investigado en el caso concreto. Ciertamente, la Comisión Investigadora, en ejercicio de su autonomía funcional, puede y debe interpretar las normas que atribuyen la cualidad de funcionario o empleado público; pero le está vedado actuar fuera del ámbito de su competencia, y someter a investigación a una persona sin decidir, previa y expresamente, que dicha persona es empleado o funcionario público.

#### IV. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, puede señalarse, como conclusión, lo siguiente:

**PRIMERO:** Los destinatarios de la LCEI son, exclusivamente, los funcionarios o empleados públicos, entendiéndose por tales las personas cuya situación pueda ser subsumida en alguno de los ordinales del artículo 2º LCEI.

**SEGUNDO:** Las atribuciones de la Comisión Investigadora, y sus decisiones, solamente se extienden a los funcionarios o empleados públicos, entendidos como se indica en el punto primero de estas conclusiones.

**TERCERO:** Los particulares están obligados a rendir declaraciones y a exhibir o permitir la inspección de correspondencia, libros y documentos; pero de tal obligación no puede sostenerse que estén sujetos a la jurisdicción de la Comisión Investigadora, como personas investigadas.

**CUARTO:** Corresponde en primer lugar a la Comisión Investigadora, calificar si una persona es funcionario o empleado público o no, y que esta calificación no puede ser omitida, ni considerarse implícita en la decisión de declarar investigado a un particular.

**QUINTO:** La calificación de una persona como funcionario o empleado público puede ser revisada por el organismo —administrativo o judicial— al que corresponda decidir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 LCEI; y la omisión de declaratoria al respecto viciaría de nulidad el acto de la Comisión Investigadora.