

Artículos

Consideraciones sobre las Atribuciones del Fiscal General de la República en Relación con los Funcionarios Públicos

José Gabriel Sarmiento Núñez
Carlos J. Sarmiento Sosa

SUMARIO

- I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *La necesidad de su vigencia.* 2. *Previsión constitucional.* 3. *Clases de responsabilidad.* 4. *Procedimiento para determinar la responsabilidad.*
- II. A QUIEN CORRESPONDE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Norma constitucional fundamental.* 2. *Alcance de la norma fundamental.*
- III. CARACTER CONSTITUCIONAL DE LA ATRIBUCION DEL MINISTERIO PUBLICO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Constitución de 1901.* 2. *Constitución de 1904.* 3. *Constituciones de 1909 a 1922* 4. *Constitución de 1925.* 5. *Constituciones de 1928 a 1945.* 6. *Constitución de 1947.* 7. *Constitución de 1953.* 8. *Constitución de 1961.*
- IV. DISPOSICIONES DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO QUE LE FACULTAN PARA INTENTAR LAS ACCIONES PENALES CONTRA LOS FUNCIONARIOS: 1. *Atribuciones del Ministerio Público.* 2. *Atribuciones del Fiscal General.* 3. *Atribuciones de los Fiscales.*
- V. DISPOSICIONES DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, RELACIONADAS CON LAS ACCIONES QUE DEBE EJERCER EL MINISTERIO PUBLICO CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Atribuciones del Ministerio Público.* 2. *Eliminación de la información de nudo hecho en la Ley de Salvaguarda.* 3. *Los particulares no pueden iniciar procesos de salvaguarda.*
- VI. DISPOSICIONES DEL CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL RELACIONADAS CON LA ATRIBUCION DEL MINISTERIO PUBLICO PARA EJERCER LA ACCION PENAL CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Atribuciones del Procurador General.* 2. *Atribuciones de los Fiscales.* 3. *Ratificación de las atribuciones de los Fiscales.* 4. *Requisitos de la acusación de los particulares.* 5. *Requisitos de la denuncia de los Fiscales.*
- VII. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Qué son los procedimientos especiales.* 2. *Procedimiento especial para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos.* 3. *Especialidad en la iniciación del proceso.* 4. *Carácter especial del artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal.* 5. *Opinión de Carnelutti.* 6. *Opinión de Pedro Aragonés.* 7. *Opinión de Angulo Ariza.* 8. *Opinión de Tulio Chiossone.* 9. *Opinión de la Corte Suprema de Justicia.* 10. *Opinión del Ministerio Público.* 11. *Obligatoria intervención del Ministerio Público.* 12. *Motivos de esa especialidad.*
- VIII. DERECHOS DE LOS PARTICULARES EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: 1. *Facultades de los particulares.* 2. *Debate en el Senado.* 3. *Acusación por particulares.* 4. *Atribución del Ministerio Público en el Proyecto de Código Procesal Penal.*

I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Necesidad de su vigencia*

La responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución fundamental para la plena vigencia del estado de derecho. Como bien dice la doctrina, de nada val-

dría la definición y fijación de las atribuciones y deberes de los funcionarios públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de sus funciones o dejar de cumplir los deberes que les impone el cargo. No es suficiente con que se declare la nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho. Es necesario, además, que, mediante acciones de diverso orden, se mantenga a los funcionarios dentro de los límites precisos de las atribuciones y deberes que las normas jurídicas determinan.

2. *Previsión constitucional*

La Constitución prevé de manera expresa el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, al consagrar, en el artículo 121, que “el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de ley”. A la vez, la Carta Fundamental contempla casos concretos de responsabilidad de los funcionarios, como el del artículo 46, que dispone: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios o empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes”.

3. *Clases de responsabilidad*

En el ordenamiento jurídico venezolano se prevén cuatro tipos de responsabilidades en las cuales pueden incurrir los funcionarios o empleados públicos: la responsabilidad civil, originada por una conducta indebida que ocasiona daños materiales a terceros o a la propia administración; la responsabilidad penal, cuando por acción u omisión el funcionario incurre en infracciones previstas en las leyes como delitos o faltas, sancionadas con penas determinadas; y las responsabilidades administrativas y disciplinarias, que proceden por violación de disposiciones de carácter administrativo o disciplinario.

4. *Procedimientos para determinar la responsabilidad*

El establecimiento de las mencionadas responsabilidades está regido por los correspondientes procedimientos especiales que se determinan en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, en el Código de Enjuiciamiento Criminal y en las demás leyes afines a la materia.

II. A QUIEN CORRESPONDE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Norma constitucional fundamental*

Dispone el artículo 220, ordinal 5º de la Constitución, que es atribución del Ministerio Público:

“Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones”.

2. *Alcance de la norma constitucional*

De acuerdo con esta clara, expresa y terminante disposición, si cualquier funcionario público, con ocasión del ejercicio de las funciones que le corresponde en el

cargo que desempeña, incurre en un acto o en una omisión, que le haga responsable civil, penal, administrativa o disciplinariamente, corresponde al Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República o de los funcionarios competentes de su dependencia que determine la respectiva ley orgánica, ejercer las acciones a que haya lugar para hacer efectiva esa responsabilidad. Si ésta fuere civil, pondrá en juego todas las acciones civiles para lograr la reparación del daño patrimonial; si fuere penal, hará uso de las acciones penales correspondientes, y si se tratare de materia administrativa o disciplinaria, incoará también los procedimientos relativos a esas materias.

En los supuestos indicados se aplicarán las normas que rigen los respectivos procesos, hasta que se dicte la sentencia que corresponda. Si las acciones civiles prosperan, se logrará el pago del daño material causado a la Administración. En los otros casos, la consecuencia de prosperar la pretensión será la de que se aplique al funcionario infractor la sanción penal, administrativa o disciplinaria que corresponda, a instancia del Fiscal.

III. CARACTER CONSTITUCIONAL DE LA ATRIBUCION DEL MINISTERIO PUBLICO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Constitución de 1901*

Cuando se creó, en la Constitución de 29 de marzo de 1901, la figura del "Procurador General de la Nación", se ubicó en el Título VII, que se refería al Poder Judicial; y en el artículo 11 *ejusdem* se disponía: "El Ministerio Público corre a cargo del Procurador General de la Nación, conforme lo determina la Ley".

Entre las diversas atribuciones que a ese funcionario le fueron señaladas en el artículo 114 del mismo texto constitucional, se establecía expresamente la siguiente:

"4ª Instaurar acusación ante la autoridad competente a los funcionarios federales por mal desempeño en el ejercicio de sus atribuciones oficiales, exigiéndoles la responsabilidad consiguiente".

2. *Constitución de 1904*

En la siguiente Constitución, de 27 de abril de 1904, la referida atribución fue ratificada en el ordinal 4º del artículo 102, manteniéndose el mismo texto, al que sólo se agregó que el Procurador debía proceder "a excitación del Presidente de la República".

3. *Constituciones de 1909 a 1922*

Con el mismo contenido, la señalada atribución del Procurador se mantuvo en las siguientes Constituciones: en la de 5 de agosto de 1909 (art. 118, ord. 4º); en el Estatuto Constitucional Provisorio de 19 de abril de 1914 (art. 55, ord. 4º); en la Constitución de 19 de junio 1914 (art. 105, ord. 4º), y en la Constitución de 24 de junio de 1922 (art. 105, ord. 4º).

4. *Constitución de 1925*

La Constitución de 1º de julio de 1925, introdujo el Título VII dedicado al Ministerio Público Federal, pero reiteró el precepto de que dicho Ministerio estaría a cargo del Procurador General de la Nación; y al fijar, en el artículo 114, ordinal 3º,

las atribuciones de este funcionario, le confirmó la de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos.

5. *Constituciones de 1928 a 1945*

Así se ratificó esa atribución del Procurador en la Constitución de 23 de mayo de 1928, en la de 29 de mayo de 1929, en la de 9 de julio de 1931 y en la de 20 de julio de 1936, parcialmente reformada el 5 de mayo de 1945.

6. *Constitución de 1947*

En la efímera Carta Fundamental de 5 de julio de 1947, surgió por vez primera la idea de crear dos instituciones distintas: la del Ministerio Público, a la cual se dedicó el Capítulo VI; y la de la Procuraduría General de la Nación, regulada en el Capítulo VII, las cuales estaban a cargo, respectivamente, del Fiscal General de la Nación y del Procurador General de la Nación.

En esta Constitución, el ejercicio de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad de los empleados nacionales, se adjudicó al Fiscal General de la Nación, en la atribución 1ª del artículo 228.

7. *Constitución de 1953*

La Constitución de 11 de abril de 1953, bajo el título de Ministerio Público, mantuvo su ejercicio a cargo de un solo funcionario, que lo era el Procurador de la Nación, quien continuó facultado para ejercer las acciones contra los funcionarios públicos.

8. *Constitución de 1961*

Surgió, finalmente, la vigente Constitución de 23 de enero de 1961; e inspirándose en la Carta de 1947, nuevamente creó por separado la institución del Ministerio Público y la de la Procuraduría General de la República, delimitando debidamente sus respectivas funciones.

En esta Constitución, el Ministerio Público fue ubicado en el Título VII que se denominaba así: "Del Poder Judicial y del Ministerio Público"; y entre las atribuciones reservadas al Ministerio Público, se consagró la del ordinal 5º del artículo 220, que dice:

"Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones".

IV. DISPOSICIONES DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO QUE LE FACULTAN PARA INTENTAR LAS ACCIONES PENALES CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Atribución del Ministerio Público*

El artículo 6, ordinal 7, de la mencionada Ley, consagra la siguiente atribución del Ministerio Público:

"Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones".

2. *Atribución del Fiscal General*

El artículo 39, ordinal 18, establece la siguiente atribución del Fiscal General de la República:

“Promover las acciones penales contra los funcionarios y empleados públicos que dieran motivo para su enjuiciamiento. A estos efectos podrá constituir mandatarios especiales”.

3. *Atribución de los Fiscales*

El artículo 42, ordinal 21, de la Ley citada, otorga a los Fiscales del Ministerio Público, la siguiente atribución:

“Denunciar los delitos que cometan en su jurisdicción los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo”.

V. DISPOSICIONES DE LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO, RELACIONADAS CON LAS ACCIONES QUE DEBE EJERCER EL MINISTERIO PUBLICO CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Atribución del Ministerio Público*

El artículo 31, ordinal 1º, de la citada Ley, adjudica al Ministerio Público la siguiente atribución:

“Ejercer las acciones a que hubiere lugar, para hacer efectiva la responsabilidad penal, civil y disciplinaria en que hubieren incurrido las personas (funcionarios públicos) indicadas en el artículo 2 de esta ley”.

Y el ordinal 2 del mismo artículo confiere también al Ministerio Público, la siguiente atribución:

“Solicitar a los cuerpos policiales o a los tribunales competentes la realización de las averiguaciones correspondientes para completar las actuaciones y recabar los elementos que faltaren en los expedientes que le remita la Contraloría General de la República, a los fines de decidir acerca de la procedencia del ejercicio de la acción penal o civil contra las personas sometidas a investigación por el órgano contralor”.

El artículo 95 de la citada Ley de Salvaguarda, dispone:

“El Fiscal del Ministerio Público, en capítulo separado del escrito de cargos, propondrá la acción civil que corresponda para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al patrimonio público, observándose al respecto los requisitos establecidos en el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil”.

2. *Eliminación de la información de nudo hecho en la Ley de Salvaguarda*

Con respecto al procedimiento previsto en el Código de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos, se establece en la Ley de Salva-

guarda una modificación contemplada en el artículo 86, en el cual se dispone que en los juicios que se sigan por la comisión de los delitos previstos en esa ley, no se aplicarán las disposiciones contenidas en el Libro III, Título III, Capítulo III, y en el artículo 3, numeral 2 de dicho Código. El objeto de esta modificación es el de suprimir en ese tipo de juicios la llamada *información de nudo hecho* a que se contrae el artículo 374 del citado Código, la cual no será necesario realizar previamente al enjuiciamiento del funcionario. Pero, como es evidente, esta omisión no altera ni modifica, ni en manera alguna excluye, las atribuciones constitucionales y legales del Ministerio Público, ni tampoco las demás formalidades contempladas en todas las disposiciones que han sido citadas, y que debe cumplir el Ministerio Público para iniciar los procesos contra los funcionarios públicos.

3. *Los particulares no pueden iniciar procesos de salvaguarda*

Lo que sí aparece cuestionado en la Ley de Salvaguarda, es la intervención de acusadores particulares en los procesos regidos por dicha Ley. En efecto, la responsabilidad de los funcionarios públicos derivada del ejercicio de sus funciones, es una materia atinente al régimen de las relaciones entre el Estado y sus servidores, y por ello, conforme a las especiales previsiones de la Ley de Salvaguarda, está reservada, en cuanto a su efectividad, a órganos institucionales de la República, como lo son el Ministerio Público y la Contraloría General de la República: al primero le corresponde hacer efectiva la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios, y a la segunda, la responsabilidad administrativa. Así lo disponen concreta y expresamente los artículos 31 (ordinal 1º) y 22 (ordinal 4º) de la Ley de Salvaguarda, respectivamente.

Bajo este aspecto, no aparecen facultados los particulares para actuar con el carácter de parte en los procesos civiles, penales, administrativos o disciplinarios contemplados en la referida ley, confirmándose esta exclusión por la circunstancia de que, en el artículo 98 *ejusdem*, al determinarse los sujetos del proceso penal que pueden *promover pruebas* en dichos juicios, únicamente se mencionan al Ministerio Público, el acusado y el Juez, omitiéndose expresamente toda referencia a los acusadores.

En nada altera el criterio expuesto, la circunstancia de que, en el artículo 80 de la Ley de Salvaguarda se prevean sanciones para quienes falsa o maliciosamente denunciaren o acusaren a una persona o funcionario por hechos previstos en dicha ley. Semejante norma, formulada con total desconocimiento de la atribución constitucional del Ministerio Público para iniciar esos procesos, sería desde todo punto de vista ineficaz para derogar las normas de la Constitución y de las leyes que ya han sido mencionadas en esta exposición. De ser procedente la aludida sanción, ella sería en todo caso aplicable a quien indebidamente denunciare a algún funcionario público ante el Fiscal del Ministerio Público.

VI. DISPOSICIONES DEL CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL RELACIONADAS CON LA ATRIBUCION DEL MINISTERIO PUBLICO PARA EJERCER LA ACCION PENAL CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Atribución del Procurador General*

El artículo 80 del citado Código dispone:

“El Procurador de la Nación, como órgano que es del Ejecutivo Nacional ante el Poder Judicial, velará por sí o por medio de los empleados de su dependencia

y según lo pauté la ley, por la recta aplicación de las leyes en los procesos penales que cursen en los tribunales.

Intentará, además, en la forma y oportunidad legales, la acusación a que hubiere lugar contra los funcionarios nacionales”.

2. *Atribución de los Fiscales*

En el artículo 101 *ejusdem* se expresa:

“El Fiscal del Ministerio Público denunciará aquellos delitos que, sin ser de acción privada, no puedan, sin embargo, enjuiciarse sino a instancia suya o por acusación de particulares”.

“También puede denunciar en los casos en que la acción dependa del requerimiento de parte y ésta no lo hubiese intentado”.

“En ambos casos la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público, bastará para que se tenga por propuesta la acción penal y se proceda a la averiguación del hecho punible y al enjuiciamiento del culpable”.

3. *Ratificación de la atribución de los Fiscales*

En el artículo 374 del citado Código se dispone:

“El representante del Ministerio Público está obligado a denunciar ante los tribunales competentes, los delitos que en su jurisdicción cometieren los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, y cualquier particular puede establecer acusación contra ellos”.

4. *Requisitos de la acusación de los particulares*

El artículo 375 *ejusdem* dice lo siguiente:

“El libelo en que se pida la responsabilidad contra cualquier empleado público debe contener todas las circunstancias que se especifican en el artículo 105, y mencionará, además, el destino y la residencia del acusado”.

5. *Requisitos de la denuncia de los Fiscales*

“Si la acción penal se ejerciere en forma de denuncia por el representante del Ministerio Público conforme al artículo 101, dicha denuncia se presentará necesariamente por escrito, con las indicaciones que ordena el penúltimo aparte del artículo 92, y explicándose asimismo el destino (el cargo) y la residencia del funcionario denunciado”.

6. *Objeto de la atribución conferida al Ministerio Público*

Lo expuesto demuestra que, desde que se creó en la Constitución de 1901 la figura del Ministerio Público, se le otorgó la atribución de ejercer las acciones penales que correspondieran contra los funcionarios públicos por hechos delictivos cometidos durante el ejercicio de sus funciones. Es indudable que el propósito y la intención del constituyente, a través de todas las Constituciones que han regido en este siglo, ha sido que sea el Ministerio Público, quien intente las referidas acciones, con el objeto de evitar denuncias temerarias propuestas por particulares que perturben la buena marcha de la administración pública. No se trata, por lo tanto, de un privilegio para los funcionarios, sino de una medida de precaución para la función que ellos desempeñan.

VII. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

1. *Qué son los procedimientos especiales*

El Título III del Código de Enjuiciamiento Criminal está destinado a los *procedimientos especiales*, en cuya disposición preliminar, que es la del artículo 360, se lee:

“En los negocios sujetos a *procedimientos especiales* son aplicables las disposiciones de los *juicios comunes ordinarios*, en cuanto no se opongan a las establecidas *especialmente* para cada procedimiento; y los puntos que no están decididos por éstas, se resolverán por aquéllas, si lo permitiere la naturaleza del asunto”.

Borjas, al comentar esa disposición, expresa:

“A título de disposición preliminar, la del artículo 360, que se deja transcrito, es aplicable a *todo procedimiento especial*, porque es principio reconocido por nuestra legislación adjetiva que las normas del procedimiento ordinario se deben cumplir y observar en toda clase de juicios, *no discrepando de ellas las de los procedimientos especiales sino en los puntos a que se contraiga expresa y taxativamente la especialidad*”.

2. *Procedimiento especial para el enjuiciamiento de los funcionarios públicos*

Los Capítulos I, II y III del Título que se analiza, se contraen al *procedimiento especial* que debe regir en los juicios que se sigan a los *funcionarios públicos*, lo cual significa que, en estos juicios, *se aplican las normas del procedimiento ordinario, pero aplicando las especialidades que en cada caso se determinan*.

Dice a este respecto Borjas:

“La naturaleza de los juicios de responsabilidad que hayan de seguirse contra los *empleados y servidores públicos*, así como la importancia que revisten los que deben seguirse por delitos comunes a las personas que se hallan investidas de las más elevadas funciones públicas, impone la necesidad de establecer en el procedimiento respectivo ciertas solemnidades y actuaciones de previsión y de garantía que no hacen falta en el procedimiento ordinario”.

3. *Especialidad en la iniciación del proceso*

Una de las especialidades del procedimiento a regir en los juicios que se intenten contra los funcionarios públicos, se contrae a su forma de *iniciación*, y se encuentra consagrada en los siguientes artículos del Código de Enjuiciamiento Criminal:

“Artículo 101. El Fiscal del Ministerio Público *denunciará* aquellos de los que, sin ser de acción privada, no puedan, sin embargo, enjuiciarse sino a instancia suya *o por acusación de particulares*”.

“Artículo 374. El representante del Ministerio Público está obligado a *denunciar* ante los Tribunales competentes, los delitos que en su jurisdicción cometieren los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, y *cualquier particular puede establecer acusación contra ellos*”.

Como se observa, ambas disposiciones ratifican y son equivalentes a la atribución que se les confiere a los Fiscales del Ministerio Público en el ya citado ordinal 21º del artículo 42 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Borjas, al comentar las citadas disposiciones, expresa:

“No hay otra diferencia en el modo de ser *iniciados* los juicios de responsabilidad contra los altos funcionarios nacionales o de los Estados y *los que sean procedentes contra los demás funcionarios enjuiciables por ante las autoridades judiciales ordinarias, que las de no poder estas últimas serlo de oficio. Únicamente se las puede instaurar por acusación de particulares o por denuncia fiscal.* Es por ello que, en el texto legal que se deja transcrito, se ratifica a los representantes del Ministerio Público la obligación que, en los artículos 80 y 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal, se les impone de *instaurar la acción penal por medio de denuncia, en los delitos de acción pública que, para proceder, sea menester acusación, y no la haya promovido ningún particular*”.

Hay que recordar que el artículo 375 del Código de Enjuiciamiento Criminal determina con toda precisión los *requisitos formales* que deben cumplir los actos de iniciación de los procesos especiales contra los funcionarios públicos, y al efecto expresa:

“El libelo en que se pida la responsabilidad contra cualquier empleado público debe contener todas las circunstancias que se especifican en el artículo 105, y mencionará, además, el destino y la residencia del *acusado*”.

“Si la acción penal se ejercitara en forma de *denuncia* por el representante del Ministerio Público conforme al artículo 101, dicha *denuncia* se presentará necesariamente por escrito, con las indicaciones que ordena el penúltimo aparte del artículo 92, y explicándose asimismo el destino y la residencia del funcionario *denunciado*”.

Como dice Borjas al comentar la citada disposición, no establece la ley, por lo que respecta a la forma y al contenido, diferencia alguna entre la *acusación promovida* contra particulares por delitos comunes y la que, en ejercicio de la acción popular de responsabilidad, intenten los particulares contra los funcionarios públicos. Son aplicables en ambos casos todos los requisitos que, para la *acusación, se establecen en el artículo 105* ejusdem. *Queda así expresamente excluida la denuncia del particular para la iniciación de estos procesos especiales.*

Ahora bien, el mismo Borjas apunta que, “cuando fuere el representante del Ministerio Público quien, por falta de *acusación* de un particular, ejerciere la acción en forma de *denuncia*, la presentará necesariamente por escrito”, con las indicaciones señaladas en el artículo 92 del citado Código.

4. *Carácter especial del artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal*

De acuerdo con lo expuesto, para intentar una acción *penal* contra cualquier funcionario público por delitos que cometiere en ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, es de ineludible y obligatoria aplicación, como *especialidad de procedimiento*, la disposición del artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que dispone:

“El Fiscal del Ministerio Público denunciará aquellos delitos que sin ser de acción privada, no pueden, sin embargo, enjuiciarse sino a instancia suya o por acusación de particulares”.

Borjas comenta la anterior disposición expresando:

“Considera esta disposición los casos en que la denuncia del Fiscal hace las veces de querrela de los particulares. No siempre se puede, en efecto, proceder de ofi-

cio o por denuncia de particulares al enjuiciamiento de los delitos de acción pública. De tal naturaleza son por ejemplo, el delito de traición a la Patria y los demás delitos comunes que se imputen al Presidente de la República, las causas contra los otros altos funcionarios nacionales, los juicios criminales y de responsabilidad contra los altos funcionarios de los Estados de que conoce la Corte Federal y de Casación (Corte Suprema de Justicia), así como de responsabilidad (de los funcionarios públicos) de que conocen los demás Tribunales ordinarios (arts. 361, 370 y 374 del Código de Enjuiciamiento Criminal)".

5. *Opinión de Carnelutti*

Este insigne jurista, en sus *Lecciones sobre el Proceso Penal* (Vol. II, pág. 52), al hacer referencia al artículo 14 del Código de Procedimiento Penal italiano que otorga al Ministerio Público la atribución de iniciar determinados procesos, menciona el texto de dicha norma que dice: "El Ministerio Público o el Pretor, en cuanto a los delitos de su competencia, inicia y ejercita la acción penal".

Y al comentar dicha norma, el destacado autor expone:

"Si nosotros llamamos, pues, como acostumbra los alemanes, *principio de legalidad* a aquel por el cual en todo caso a la sospecha del delito debe seguir la intervención del juez, y *principio de oportunidad* aquel otro en virtud del cual aun en presencia de la sospecha, la intervención del juez puede no ser provocada, diremos que la prohibición del juez de proceder por su iniciativa implica el principio de oportunidad y excluye, en cambio, el principio de legalidad (subraya Carnelutti). Aplicando estos principios a la exégesis del art. 74, por lo que concierne al Ministerio Público, resulta de ello que esta norma, cuando le atribuye la iniciación y el ejercicio de la acción, con el alcance que vimos derivar de los artículos 296, 396 y 502, debería querer decir que el *Ministerio Público, en presencia de la sospecha de un delito, pide al juez la declaración de certeza si considera conveniente que se proceda*".

6. *Opinión de Pedro Aragonese*

El procesalista español Pedro Aragonese Alonso ratifica lo anteriormente expuesto, al referirse, en sus *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (pág. 123), a los "criterios de intervención del Ministerio Fiscal como parte acusadora".

Dice en efecto el mencionado autor:

"El Ministerio Fiscal puede actuar en el proceso penal con arreglo a dos criterios distintos, que se conocen con las denominaciones de principio de *legalidad* y principio de *oportunidad*".

"a) Según el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acusación por imperio de la ley, siempre que llegue a su conocimiento un hecho que revista legalmente los caracteres de delito, sin que pueda atender a criterios de oportunidad o de conveniencia. En una palabra, el Fiscal, contemplando un hecho que reviste apariencia de delito, está forzado a ejercitar la acusación, prescindiendo de toda otra consideración no sólo de índole particular (por ejemplo, si el acusar puede llevar consigo una subversión del orden político o si puede perjudicar las directrices del Gobierno, etc.)".

“b) El principio de oportunidad consiste en dejar a juicio del Ministerio Fiscal la persecución de los delitos”.

El mismo autor expresa que en el sistema especial rige, como regla general, el principio de la legalidad, consagrado en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero que “por excepción rige el principio de oportunidad” en determinados delitos, como el de injurias y calumnias dirigidas contra los Jefes de Estado de naciones amigas o aliadas, agentes diplomáticos de las mismas, etc.

7. Opinión de Angulo Ariza

Este ilustre profesor y jurista venezolano, al tratar en su *Cátedra de Enjuiciamiento Criminal* (pág. 219) la querrela del Ministerio Público y los delitos enjuiciables solamente a instancia suya, cita en primer término el texto del ya mencionado artículo 101 *ejusdem*, y expresa:

“En esta disposición se contemplan dos casos:

“1º El caso de un delito que, sin ser de acción privada, esto es, un delito de acción pública, sin embargo no puede ser enjuiciado sino *mediante denuncia del Fiscal del Ministerio Público*”.

“2º El otro caso que contempla el artículo en su primer aparte se refiere a los casos en que, siendo el delito de acción pública, sin embargo, se requiere que se inicie por *acusación*”.

“Hay casos contemplados en la ley —dice Angulo Ariza— en que la acción es *Pública*, y sin embargo, *no puede procederse de oficio ni por denuncia sino por acusación de un particular*. En estos casos, cuando la ley requiere *acusación* para enjuiciar un delito de acción pública y no hay quien haya promovido la acción por ese procedimiento, *el Fiscal del Ministerio Público denunciará*. Lo cual es aplicable en la práctica en los juicios especiales contra *funcionarios públicos*”.

En razón de lo expuesto, categóricamente expone Angulo Ariza que “son los delitos cometidos por el Presidente de la República o por quien esté haciendo sus veces, y otros altos funcionarios nacionales, *no puede procederse por denuncia sino por acusación*. La acción es popular, la tiene cualquier ciudadano, *pero no puede emplearse el procedimiento de oficio ni el de la denuncia, sino el de la acusación*. En esos casos le corresponde al fiscal del Ministerio Público denunciar de acuerdo con el artículo 101”.

Otro caso —refiere Angulo Ariza— *en que el Fiscal del Ministerio Público tiene la obligación de denunciar, es el contemplado en el artículo 374 del Código de Enjuiciamiento Criminal*, el cual dice:

“El representante del Ministerio Público está obligado a *denunciar* ante los tribunales competentes, los delitos que en su jurisdicción cometieren los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, y *cualquier particular puede establecer acusación contra ellos*”.

Del texto de esa norma deduce Angulo Ariza que, “cuando se trata de delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, el juicio puede iniciarse por *acusación* de un particular; *pero el fiscal del Ministerio Público tiene*

la obligación de denunciar esos casos si no hubiese habido acusación inicial. He aquí, —dice Agulo Ariza— otro caso especial en que, tratándose de un delito de acción pública, los particulares tienen que hacer uso de la *acusación* (para iniciar el proceso), y el *fiscal del Ministerio Público de la denuncia, que equivale a la acusación, según el último aparte del artículo 101*".

8. *Opinión de Tulio Chiossone*

Este destacado penalista, al referirse en su obra *Manual de Derecho Procesal Penal*, a la posición del Ministerio Público en el proceso expresa:

"En el sistema procesal mixto, inquisitorio y acusatorio, como lo es el venezolano, el Ministerio Público no tiene como función esencial acusar, sino ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, sin perjuicio de que el tribunal proceda de oficio cuando lo determine la ley (numeral 3 del artículo 220 de la Constitución)".

"Este ejercicio de la acción penal —continúa Chiossone— puede revestir el carácter de denuncia, como es el caso del artículo 101 del Código de Enjuiciamiento Criminal; y también puede tener el carácter de acusación, como en el caso de los juicios de responsabilidad de funcionarios públicos, en que la llamada «denuncia» (Art. 374 del Código de Enjuiciamiento Criminal) debe hacerse por escrito y con los requisitos de un libelo acusatorio establecidos en el artículo 105 del Código antes citado". (Obra citada, pág. 123).

9. *Opinión de la Corte Suprema de Justicia*

Durante la vigencia de la actual Constitución, el más alto Tribunal de la República ha mantenido el criterio que se ha dejado expuesto. Así, en sentencia del 3 de diciembre de 1975, la Sala Político-Administrativa de la Suprema Corte decidió una consulta del Ministerio Público, expresando:

"Dichos funcionarios (jueces de instrucción) se abstendrán de dictar auto de *proceder* cuando el delito hubiese sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o en razón de su cargo, a menos que un particular se hubiese constituido en *acusador* del presunto autor del hecho punible; o que un representante del Ministerio Público lo haya *denunciado* en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Enjuiciamiento Criminal".

Esta jurisprudencia ha sido seguida por los órganos de la jurisdicción penal. Así, en sentencia del 30 de julio de 1965, el Juzgado Octavo de Primera Instancia decidió:

"Los delitos cometidos por funcionarios públicos, sólo pueden ser enjuiciados a instancia del Fiscal del Ministerio Público o por *acusación* de particulares, y no por *denuncia*".

10. *Opinión del Ministerio Público.*

En una solicitud de nulidad del Fiscal General de la República ante la Corte Suprema de Justicia, del 31-10-63 (ver Informe al Congreso de ese año, págs. 164-169), referente a la inconstitucionalidad de normas legales que chocan con las atribuciones del Ministerio Público, se expresaba:

"La vigente Constitución de la República, en el numeral 5 del artículo 220, expresa que es atribución del Ministerio Público intentar las acciones a *que*

hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones”.

“La Constitución inviste al representante del Ministerio Público de esa capacidad para que pueda obrar con entera responsabilidad, libre de interferencias e imposiciones, en el cumplimiento de su alta y delicada misión, acorde con los principios sostenidos por las Comisiones Especiales del Senado y Cámara de Diputados en la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución que fue sometido a la consideración de sus comitentes, principios esos acogidos por el Constituyente de 1961, al aprobar la Institución del Ministerio Público tal como fue concebida por los proyectistas, en forma y con funciones distintas a las que tradicionalmente le atribuyeron las constituciones venezolanas anteriores”.

En efecto, la mencionada exposición de motivos, asienta:

“Tradicionalmente el Ministerio Público se consideraba órgano de relación del Ejecutivo con los Tribunales, esta vinculación puede limitar la eficacia de su funcionamiento; (piénsese que en determinados casos el Fiscal General de la República debe pedir la aplicación de penas contra los miembros del Poder Ejecutivo y al mismo tiempo se encuentra sometido a sus instrucciones). Asimismo el Ministerio Público se ha visto sobre todo, popularmente, como una especie de virtuoso de la vindicta pública, con lo cual se le restringe su misión fundamental. Por último se ha considerado al Fiscal del Ministerio Público como vigilante de sólo parte de la legalidad, de aquella que queda circunscrita de la legalidad estatal. Por estas razones y siguiendo la experiencia de países de indiscutible tradición democrática como Suecia, Finlandia y Dinamarca, las funciones de velar por el cuidadoso ejercicio de las libertades públicas; de velar por la legalidad ante los Tribunales; de controlar la legalidad administrativa y por último la de comprobar las infracciones que en orden a la misma se produjeren en el funcionamiento de las distintas administraciones e intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa y disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones”.

En la demanda que comentamos, el Fiscal General impugnaba ante la Corte varias disposiciones de la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito (hoy derogada), porque, en su criterio, chocaban, no sólo con el espíritu de la Carta Fundamental, sino con la letra de la misma, en forma tal que impedían el cabal cumplimiento de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público. Por motivos similares fueron impugnados en esa demanda diversos artículos de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, sosteniendo el Fiscal General que las normas cuestionadas colidían con los principios que sobre el Ministerio Público establece la Constitución, pues es a esa Institución a la que corresponde la función de “controlar la legalidad administrativa y por último la de comprobar las infracciones que en orden a las mismas se produjeren en el funcionamiento de las distintas administraciones e intentar las acciones a que hubiese lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos del ejercicio de sus funciones”.

Concluye la demanda del Fiscal expresando:

“No puede una Ley Especial, como dijimos antes, atribuir a un organismo que no representa al Ministerio Público, funciones que constitucionalmente corresponden a éste”.

Ratificando el criterio expuesto, en el Informe presentado por el Fiscal General de la República al Congreso, correspondiente al año de 1965 (págs. 101-102), al tratarse el tema de la imprescriptibilidad de la acción de enriquecimiento ilícito, y luego de citarse la atribución del numeral 5 del artículo 220 de la Constitución se expresa:

“Sin entrar a calificar la acción de enriquecimiento ilícito en cuanto a su naturaleza sustantiva, y considerando que sería una acción *sui generis* de índole civil, ella constituye el poder jurídico que tiene la Nación, como sujeto de derecho, para acudir a los órganos jurisdiccionales a objeto de reclamar el resarcimiento del daño patrimonial, lo que, en el fondo, es la causa del enriquecimiento ilícito”.

“Este poder lo ejerce la Nación por órgano del Fiscal General de la República, conforme a la disposición constitucional anteriormente transcrita”.

11. *Obligatoria intervención del Ministerio Público.*

Las normas constitucionales y legales que se han dejado expuestas, así como las irrefutables opiniones de los destacados juristas a que se ha hecho referencia, demuestran sin lugar a dudas que en el ordenamiento jurídico venezolano los juicios contra los funcionarios públicos por delitos que cometieren en el ejercicio de sus cargos, constituyen *procedimientos especiales*, cuya especialidad consiste en que no pueden ser iniciados *de oficio* ni por *denuncia* de un particular, sino *por denuncia del Ministerio Público o por acusación de un particular* (aunque, como veremos luego, la Ley de Salvaguarda ha excluido la intervención de los particulares en los procesos regidos por dicha ley).

12. *Motivos de esa especialidad.*

Tanto el constituyente como el legislador, al conferir al *Ministerio Público* el ejercicio de las referidas acciones penales, civiles, administrativas y disciplinarias que fueren procedentes contra los funcionarios públicos por razón de sus funciones, tomaron en consideración la necesidad de evitar “persecuciones judiciales temerarias” —como dice Borjas— que perturben el normal desenvolvimiento de la administración pública, cuya finalidad es la de prestar un eficiente servicio a la colectividad. Por ello, con base en el ya mencionado *principio de oportunidad*, se optó, desde la Constitución de 1901, por encomendar tan delicada función al Ministerio Público, en atención a su independencia, imparcialidad y buena fe que le son características.

VIII. DERECHOS DE LOS PARTICULARES EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Dice el aparte final del artículo 220 de la Constitución, que “*las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con esta Constitución y las leyes*”.

1. *Facultades de los particulares.*

De conformidad con esta disposición, aparte de la atribución que en el ordinal 5º *ejusdem* se le otorga al Ministerio Público para ejercer las acciones a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos por motivo de sus funciones, pueden los particulares libremente ejercer sus derechos y acciones en todos los demás casos previstos en las leyes. Así, cualquier ciudadano puede intentar cualquier tipo de acción contra funcionarios públicos siempre que no se trate de responsabilidad derivada del ejercicio de sus funciones. Y en este último caso, tienen los particulares el derecho de interponer la correspondiente denuncia ante un funcionario competente del Ministerio Público para que éste ejerza la acción correspondiente ante los Tribunales de la República, como expresamente se lo ordena la Constitución.

2. *Debate en el Senado*

Esta cuestión quedó suficientemente aclarada cuando se discutió en el Senado el proyecto de la actual Constitución. Consta, en efecto, en el *Diario de Debates* de dicha Cámara, de fecha 7 de setiembre de 1960, la siguiente intervención del doctor Raúl Leoni, sobre el punto que se analiza:

“Senador Leoni, Presidente: En la oportunidad en que la Comisión de Reforma Constitucional estudió el Capítulo relacionado con el Ministerio Público, concretamente el inciso en discusión, se tuvieron muy en cuenta las observaciones hechas por el Senador La Riva Araujo en la exposición que acabamos de oír. Desde luego no ha habido de parte de la Comisión de Reforma Constitucional la menor intención de olvidar o de desconocer el ejercicio de un derecho que todos tenemos, o sea, el de *acusar* a los funcionarios públicos por ante los Tribunales de Justicia o de ocurrir al Ministerio Público para solicitar de él el ejercicio de cierto tipo de acción; sólo que ese derecho, ha pasado a formar parte del último aparte del artículo en discusión que dice: Las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con las leyes. Dado el cúmulo de atribuciones y de responsabilidades que esta Constitución da al Ministerio Público, en la Comisión de Reforma Constitucional nos pareció preferible dejar esos derechos de los ciudadanos a la reglamentación de la ley, para, precisamente, facilitar el ejercicio de las facultades y atribuciones que aquí se le confieren al representante del Ministerio Público. En todo caso, no tengo ningún inconveniente en acoger la proposición del Senador La Riva Araujo, de que el inciso en discusión vuelva a la Comisión de Reforma Constitucional con las observaciones que él ha formulado. Solamente he querido insistir en que el inciso del artículo en discusión no desconoce ese derecho que había venido figurando de manera expresa en anteriores Constituciones, sino que su eliminación ha sido con el fin de que ese derecho se reconozca en las leyes, para de esa manera facilitar al Fiscal del Ministerio Público el más perfecto y cabal ejercicio de las funciones y atribuciones que esta Constitución le confiere” (Mariano Arcaya, *Constitución de la República de Venezuela*, Tomo III, pág. 253).

Quedó así debidamente claro, que la atribución del Ministerio Público de ejercer las acciones pertinentes contra los funcionarios públicos se limita exclusivamente a las que provengan del ejercicio de sus cargos. En todos los demás casos que no sean de esa naturaleza pueden actuar los particulares y ejercer las acciones pertinentes.

3. *Acusación por particulares*

Aunque estimamos que la atribución constitucional que se confiere al Ministerio Público para ejercer las correspondientes acciones contra los funcionarios públicos, siempre que sea por motivo del ejercicio de sus funciones, excluye la posibilidad de que los particulares puedan iniciar ese tipo de proceso, a todo evento, y de acuerdo con el mencionado aparte final del artículo 220 de la Constitución, dichos particulares lo más que podrían hacer en esos casos, sería “establecer acusación contra ellos”, como lo establece el artículo 374 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que dice: “*el representante del Ministerio Público está obligado a denunciar ante los tribunales competentes, los delitos que en su jurisdicción cometieren los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, o por razón de su cargo, y cualquier particular puede establecer acusación contra ellos*”. Esta facultad a los particulares para *acusar* a los funcionarios públicos se ratifica en el artículo 101 *ejusdem*. Pero, en ningún caso ni por ningún concepto, podrían proceder por la vía de la *denuncia*, sino por *acusación*, y llenando los siguientes requisitos que ordena el artículo 375 *ejusdem*: “*el libelo en que se pida la responsabilidad contra cualquier empleado público debe contener todas las circunstancias que se especifican en el artículo 105, y mencionará además el destino y la residencia del acusado*”.

De esa manera se daría cumplimiento al aparte final del artículo 220 de la Constitución, que dice: “Las atribuciones del Ministerio Público no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los particulares o a otros funcionarios de acuerdo con esta Constitución y las leyes”. De acuerdo con la ley, que en este caso es el Código de Enjuiciamiento Criminal, los particulares únicamente tendrían el derecho de *acusar* (pero no de *denunciar*) a los funcionarios públicos. Así lo disponen expresamente los citados artículos 101 y 374 del mencionado Código.

Sin embargo, debido al interés público e institucional que rige las relaciones entre la Administración Pública y sus funcionarios, resulta improcedente la intervención de los particulares en los procedimientos penales, civiles, administrativos y disciplinarios que se sigan a dichos funcionarios. No se concibe a un particular actuando dentro de un procedimiento administrativo o disciplinario de esa naturaleza. La acción civil no puede ser intentada en esos casos sino por el Ministerio Público. Y en cuanto a la acción penal, el artículo 98 de la Ley de Salvaguarda, al especificar las personas que pueden promover pruebas en los juicios previstos en dicha ley, se refiere exclusivamente al Ministerio Público, al encausado y al Juez, pero no confiere esa facultad a los acusadores, lo que significa que éstos nada tienen que buscar como particulares en dichos procesos.

4. *Atribución del Ministerio Público en el Proyecto Procesal Penal*

Conviene, sin embargo, tener presente que en un Proyecto del nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal introducido al Congreso, se propone al Ministerio Público como órgano único del ejercicio de la acción penal, con exclusión de los particulares en todos los casos. Quiere esto decir que, de aprobarse el proyecto, quedaría ratificado que *únicamente el Ministerio Público es quien puede y debe iniciar los procesos penales de acción pública contra los funcionarios públicos*.

Caracas, julio de 1989.
