

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

JAVIER ELECHIGUERRA

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

1.1. Importancia y repercusiones de la aprobación de la ley. La concepción del derecho como "factor social".

2. ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA PARTE SUSTANTIVA DE LA LEY.

2.1. El artículo 66 de la Ley. Uso del término "POSESION DE BIENES". Visos de inconstitucionalidad.

2.2. El artículo 69 de la Ley. "EL ABUSO GENERICO DE AUTORIDAD". Su derogatoria y el inconveniente de esa eliminación.

3. PARTE ADJETIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO.

3.1. El artículo 81 y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". Repercusiones en el ámbito militar.

3.2. La instrucción en la LOSPP.

3.2.1. "La instrucción directa" y el principio de "inmediación procesal".

3.2.2. Paralelismo en la instrucción y sus posibles consecuencias.

3.3. El juicio en ausencia.

3.4. El juicio oral. Su obligatoriedad.

3.5. La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada.

3.6. El nombramiento de los jueces superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3.7. Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la Ley.

CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La vigencia de la LOSPP representa algo muy importante en el campo jurídico venezolano. Este hecho es indudable; de un tiempo a esta parte se ha hablado insistentemente de esta ley y de una u otra forma la opinión pública ha conocido de su existencia, todo lo cual está a indicar que la ley en análisis constituye lo que se puede denomi-

nar sin duda alguna "UN ACONTECIMIENTO". Frente a este instrumento legal no parecen existir términos medios, o se la defiende o se la ataca; en ambos casos de la manera más vehemente.

1.1. *Importancia y repercusiones de la aprobación de la ley.
La concepción del Derecho como "factor social"
a lo largo de la LOSPP*

Hacia mucho tiempo que no se observaban opiniones tan contradictorias y encontradas con relación a una ley; inclusive miembros del Instituto de Estudios Políticos de la UCV en este Seminario, expresaron su opinión en el sentido de afirmar que la importancia de la LOSPP radica en el momento que vive el país. La clase dirigente —expresaron— no puede permitirse el lujo de "no aplicar" la mencionada ley. Por otra parte se ha afirmado que es un error hablar de "ANTES DEL 1º DE ABRIL DE 1983" y "DESPUÉS DEL 1º DE ABRIL DE 1983", toda vez que dicho deslinde no es posible, ya que la nueva ley básicamente no "crea" nuevos tipos delictivos, sino que en una u otra forma, "repite" los delitos consagrados en el Código Penal. A este respecto, avanzamos una opinión en el sentido de inscribirnos entre quienes consideran que la ley aprobada sí marca un hito en la legislación nacional. Nunca antes se había discutido y aprobado un instrumento legal con tanto sentido represivo, así como tampoco nunca antes se había divulgado y comentado tanto, instrumento legal alguno como lo ha sido esta ley. Es de observar igualmente el sentido que privó en el legislador para su aprobación; uno de sus correddores afirmó que la ley fue concebida intencionalmente en forma "DETALLADA Y MINUCIOSA" para así evitar que "alguna conducta" irregular escapase al ámbito de aplicación de la ley; igualmente se buscó "...evitar en lo posible que el juez pueda interpretar la ley". Dichas afirmaciones merecen análisis particular porque en ellas va implícita toda una filosofía legislativa reflejada en la LOSPP.

Quienes propugnaron la ley consideraron su aprobación como una "NECESIDAD HISTÓRICA", como el único instrumento válido para combatir la corrupción administrativa. Se trataba —según ellos— "...de acabar con la corrupción administrativa, dado que el ordenamiento legal vigente, por vetusto y anacrónico, impedía un castigo ejemplar para quien atentara contra la cosa pública, contra el erario nacional".

He aquí un error de óptica que se debe señalar, la corrupción administrativa como conducta delictiva abarca un conjunto de situaciones de la más diversa naturaleza, con una característica que las identifica:

"EL ATENTADO A LA COSA PÚBLICA". En Venezuela, su vigencia como conducta delictual va paralela con su impunidad, la cual encuentra su origen en causas muy diferentes a las del anacronismo y carencia legislativos; la ley existe, he allí el Título III, Libro II del Código Penal (DE LOS DELITOS CONTRA LA COSA PÚBLICA). El porqué de su no aplicación, rebasa los límites de la presente exposición.

Algo que sí resulta innegable es que en Venezuela la ley ha sido entendida siempre como un ingrediente modificante de la realidad social. Cada día más se observa la concepción del derecho como "factor social" cuando lo correcto es entenderlo como "producto social". Toda vez que la norma jurídica debe ser concebida como instrumento regulador de una realidad existente en un momento determinado. Pretender modificar la realidad a partir de la norma, constituye un error con un costo muy alto a pagar.

La concepción de la norma jurídica como "factor social" subyace a la afirmación cada vez más común de "REFORMAR LA LEY PARA QUE LA REALIDAD CAMBIE". Ejemplos sobran: "SE IMPONE UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA"; "HAY QUE REFORMAR EL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL PARA ACABAR CON EL RETARDO PROCESAL", es justamente dentro de ese contexto que surge la presente ley. "HAY QUE APROBAR LA LOSPP PARA ACABAR CON LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA"; dando a entender de esta forma, que la mejor manera de atacar problemas como la delincuencia desbordada, el retardo procesal y la corrupción, es a través de la modificación de los respectivos instrumentos legales.

Este error de óptica es lo que ha impulsado a muchos congresantes a afirmar que de ahora en adelante se tendrá que hablar de dos épocas, "ANTES Y DESPUÉS DEL 1º DE ABRIL DE 1983", lo cual consideramos un grave error si se toma en cuenta que la LOSPP en general "copia" los "tipos delictivos" existentes en el vigente Código Penal con leves modificaciones en algunos casos. Sin embargo, es bueno llamar la atención en relación con los escasos "NUEVOS TIPOS": se incluyen como conductas delictivas el quehacer diario en el desenvolvimiento actual de la Administración Pública y así tenemos, que conductas tan comunes y normales como las contempladas en los artículos 60, 61, 78 y 18, fueron erigidas por el legislador como "DELITOS", lo cual puede ser de consecuencias incalculables para la ya tan maltratada, inoperante y vetusta maquinaria de la Administración Pública.

Es un hecho que la Administración Pública está funcionando de una cierta manera, y a partir del 1º de abril de 1983, deberá cambiar

esa forma de funcionar o de lo contrario estaremos en presencia de un funcionario público que a diario incurre en delitos, porque, repetimos, esa conducta que hasta hoy se ha visto como "normal", en algunos casos es calificada como delictiva en la LOSPP.

2. ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A LA PARTE SUSTANTIVA DE LA LEY

Especial comentario merecen los artículos 66 y 69 de la recién promulgada LOSPP. El primero de los nombrados por presentar visos de aparente inconstitucionalidad; el otro, porque "deroga expresamente el artículo 204 del vigente Código Penal".

2.1. *El artículo 66 de la ley. Uso del término "POSESIÓN DE BIENES". Visos de inconstitucionalidad*

El artículo 66 (cuyo contenido es idéntico al de la norma contemplada en el artículo 44 como "Enriquecimiento Ilícito" establece: "EL FUNCIONARIO PÚBLICO QUE DURANTE EL DESEMPEÑO DE SU CARGO O DENTRO DE LOS DOS AÑOS SIGUIENTES A SU CESACIÓN, SIN PODER JUSTIFICARLO, SE ENCONTRARE EN POSESIÓN DE BIENES, SEA POR SÍ O POR INTERPUESTA PERSONA, QUE NOTORIAMENTE SOBREPASEN SUS POSIBILIDADES ECONÓMICAS, SERÁ PENADO CON PRISIÓN DE TRES A DIEZ AÑOS". (Subrayados nuestros).

Como se observa, la conducta incriminada exige dos requisitos: a) Que el funcionario esté en posesión de bienes que "notoriamente" excedan sus posibilidades económicas; b) Que la posesión de dichos bienes no pueda ser justificada, añadiendo a lo anterior el elemento tiempo: "hasta dos años después de haber abandonado el cargo". En la redacción del artículo se observa la expresión "BIENES EN POSESIÓN". Llama la atención el uso de término "POSESIÓN", toda vez que se trata de una institución cuyo alcance y significado ha producido las más disímiles opiniones en el campo del Derecho Civil. Se impone por tanto, determinar el alcance y significado de la expresión utilizada por el legislador en el artículo 66 de la LOSPP. ¿CÓMO DEBE SER ENTENDIDO EL TÉRMINO? Nadie discute que la institución tiene su origen en el Derecho Privado; el Código Civil venezolano establece EN SU ARTÍCULO 771: "LA POSESIÓN ES LA TENENCIA DE UNA COSA, O EL GOCE DE UN DERECHO QUE EJERCEREMOS POR NOSOTROS MISMOS O POR MEDIO DE OTRA PERSONA QUE DETIENE LA COSA O EJERCE EL DERECHO EN NUESTRO NOMBRE". El término "posesión" comprende desde la simple detenta-

ción hasta la posesión legítima, pasando por todas las variantes de la posesión precaria. Sea como fuere, lo cierto es que en Derecho Civil el término "posesión" implica una relación material, un poder de hecho de un sujeto sobre una cosa. En Derecho Penal sin embargo, el término no puede ser entendido en la misma forma que en Derecho Privado en lo referente a la protección otorgada al poseedor, la razón es muy sencilla, los delitos contra el patrimonio abarcan las más variadas y diversas conductas que imponen interpretaciones en el campo penal. Por ejemplo, para el derecho civil el "cobrador" que hace efectiva una factura de cuyo cobro está encargado en razón de su trabajo, es un típico caso de poseedor precario toda vez que detenta la cosa en nombre de otro. Para el Derecho Penal en caso que "el cobrador" decida no entregar a su empleador las cantidades cobradas será de importancia fundamental determinar el carácter de esa posesión, y así tendremos que, dependiendo de la calificación que se dé a esa posesión, habrá quien afirme que se está en presencia de un hurto, mientras que habrá quien sostenga la opinión según la cual se trata de una apropiación indebida. En la LOSPP el término debe ser entendido en un sentido amplio y sin perder de vista la intención del legislador y el bien jurídicamente protegido. Se trata en primer lugar, de una ley cuya finalidad primordial es la de proteger el patrimonio público entendido en su forma más amplia (ver Art. 4). Por otra parte, los artículos 44 y 66 hacen mención al funcionario público que se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, con lo cual parece que el legislador trató de establecer como criterio básico el de la "posesión legítima", la cual podrá ejercer el funcionario en forma inmediata o en forma mediata a través de un tercero. Pensamos que el juez de Salvaguarda del Patrimonio Público al entrar a verificar el alcance y el significado del término "POSESIÓN" a los efectos del artículo 66 de la LOSPP, deberá valorar la situación de los bienes con relación al funcionario investigado, determinar el poder decisorio de éste con respecto a los bienes de que se trate y así verificar si la posesión sea por sí o por interpuesta persona "HA ACRECIDO" el patrimonio de ese funcionario. En caso afirmativo estaremos en presencia del delito de Enriquecimiento Ilícito. Todo esto pudo evitarse si el legislador hubiese optado por el uso de la expresión "INCREMENTO PATRIMONIAL" en lugar del término "POSESIÓN".

Otro aspecto digno de comentarse en esta parte de la exposición, es el relativo a la forma de redacción usada en el artículo 66. Parece difícil determinar el momento de comisión del delito, en este sentido

ya se han oído opiniones que hablan de "CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD" en el "tipo". En todo caso esta labor corresponderá a la jurisprudencia.

Con respecto al mismo artículo 66 queda por analizar todo lo referente a la prueba de los hechos imputados al indiciado. ¿Cómo se comportará el juez cuando el procesado no logre probar la procedencia de los bienes de que se trate? ¿Qué ocurrirá en ese caso? Al respecto se han oído opiniones en el sentido de afirmar que el artículo 66 presenta visos de inconstitucionalidad por cuanto invierte la carga de la prueba, colocando al indiciado en la situación de tener que comprobar la procedencia de los bienes porque de lo contrario la decisión tendrá que ser condenatoria. De esta manera, al invertir la carga de la prueba se estaría violentando la "presunción de inocencia".

El argumento anterior es rebatido afirmando que no se puede hablar de inconstitucionalidad por violación a la presunción de inocencia, toda vez que ésta no está consagrada en la Constitución Nacional del 61.

Al margen de la discusión sobre la inconstitucionalidad del artículo 66 de la Ley que se comenta, una cosa sí parece cierta, y es que en ningún caso es dable aceptar la hipótesis según la cual le corresponde al procesado la prueba de su inocencia. En la Constitución del 61, la presunción de inocencia inspira todo el capítulo de los Derechos Individuales (Cap. III) del Título III ("De los deberes, derechos y garantías). Allí está la redacción del artículo 60 para corroborarlo; no es posible afirmar que la presunción de inocencia no está presente en el texto constitucional, no está consagrada expresamente, cierto; pero esto no implica su negación. De la lectura del capítulo correspondiente a los "DERECHOS INDIVIDUALES" se evidencia indefectiblemente que la presunción de inocencia es un concepto presente a todo lo largo de la Constitución. Allí está para comprobarlo el artículo 69 que erige la defensa como derecho inviolable en todo estado y grado del proceso. De igual forma encontramos los ordinales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 60 de la Constitución. De manera pues, que la inocencia del procesado emerge del texto constitucional, más que como norma expresa, como un concepto inescindible e inspirador de toda la materia referente a los derechos ciudadanos. Y por si esto no fuera suficiente hay que añadir el análisis filosófico y político toda vez que la presunción de inocencia data de época anterior a la Revolución Francesa. Es un concepto de un profundo contenido humanista, no es producto de hechos aislados, sino que por el contrario, su formulación es la forma mejor acabada de insurgir

contra toda la época medieval. La presunción de inocencia responde a una necesidad histórica de respeto al ciudadano y consagración de un conjunto de derechos y garantías que permiten en todo momento el desarrollo de la personalidad humana en su sentido más amplio; dicha presunción representó la mejor forma de acabar con la justificación de la tortura como medio legítimo para obtener la confesión del procesado. Hasta el siglo XVIII se presumía la culpabilidad del procesado y bajo dicha premisa surge inexorable la primera consecuencia: La legitimación de cualquier medio para obtener la confesión toda vez que esta última tiene que representar el fin último perseguido.

Así, pues, que la presunción de inocencia representa el bastión de mayor importancia entre los derechos individuales; tan es así que de allí se deriva todo lo relativo a la detención preventiva, el derecho a la defensa, la prohibición de torturas, etc.

A nuestro juicio es insostenible cualquier posición que pretenda negar la existencia de la presunción de inocencia en las normas consagradas en la Constitución Nacional del 61. Formular dicha afirmación es desconocer la fuente de inspiración del constituyente y aún más grave, es negar el profundo contenido filosófico y jurídico que ella encierra como pilar fundamental de un Estado de Derecho entendido como ente garantizador de los derechos humanos fundamentales tal y como está consagrado en todas las Declaraciones Internacionales de Derechos del Ciudadano, las cuales por otra parte, son leyes nacionales al haberse cumplido los procedimientos respectivos en materia de aprobación de Convenciones y Tratados Internacionales.

Concluyendo este punto, pensamos que sí se está violando la presunción de inocencia cuando se impone al procesado la carga de comprobar el origen de los bienes de que trata el mencionado artículo 66 de la LOSPP. "El "TIPO LEGAL" es claro: "en posesión de bienes cuyo origen no logre justificar...". Si el procesado, por ejemplo, se acoge al precepto constitucional nos encontramos que no comprobó el origen de sus propiedades; en consecuencia deberá ser condenado. Esa condena equivale a decir que se le condenó como consecuencia de haber ejercitado el derecho individual consagrado en el ordinal 4º del artículo 60 de la C.N. Situación que a todas luces es inconcebible por ilógica. Así, pues, que visto desde cualquier ángulo, la "Creación" del "Tipo" consagrado en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público es a todas luces inconstitucional.

2.2. *El artículo 69 de la ley. "EL ABUSO GENÉRICO DE AUTORIDAD". Su derogatoria y el inconveniente de esa eliminación*

Corresponde el análisis de la norma consagrada en el artículo 69 de la LOSPP. La lectura del mismo en concordancia con el artículo 103, implican una derogatoria expresa de la figura conocida en doctrina penal como "ABUSO GENÉRICO DE FUNCIONES", consagrada por el legislador penal ordinario en el artículo 204 del Código Penal. A partir del 1º de abril no existe dicho delito. Cuáles fueron las causas que indujeron al "LEGISLADOR" para tal decisión, no lo sabemos. Lo cierto es que en un país como Venezuela, en el cual el funcionario público tiene una muy particular y marcada tendencia de "hacer uso del cargo" para abusar de sus funciones, comportándose en muchos casos de forma prepotente y abusiva para con el ciudadano, en un país así —repetimos— las consecuencias de haber derogado el "abuso genérico de funciones" pueden ser imprevisibles.

Queremos pensar de la mejor buena fe que fue un "error" del legislador, quien no previó las consecuencias de su acción legislativa. Hasta hay quienes hablan de "error de copia en la *Gaceta Oficial*", pero he aquí donde se impone un acotación: "NO HAY ERROR DE COPIA EN LA GACETA OFICIAL". Cuando el Congreso aprueba la ley y la envía al Presidente de la República para que éste, si lo consideraba procedente, ejerciera su derecho a veto, no existía el contenido del artículo 103; por otra parte, el artículo 65 de la ley consagraba expresamente el tipo legal de "abuso genérico de autoridad". El Presidente, en ejercicio de la facultad de veto, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución Nacional, solicitó al Congreso la reconsideración de la ley, pero no se objetó para nada el artículo 65 (que sí consagraba el tipo genérico de abuso de autoridad) ni artículo alguno que tuviera conexión con el mencionado artículo 65. La reconsideración estaba solicitada para otros aspectos de la ley. Ahora bien, cuando las Cámaras en sesión conjunta se reúnen para estudiar las disposiciones objetadas, modifican la disposición relativa al abuso genérico de autoridad; por una parte eliminan el encabezamiento del artículo 65 —que consagra el tipo— y simultáneamente incorporan el artículo 103 en su formulación actual incluyendo el artículo 204 en la lista de artículos del Código Penal que fueron derogados por la LOSPP. Parece ser que no consta en el libro de debates el origen de dicha modificación.

3. PARTE ADJETIVA EN LA LEY ORGANICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PUBLICO

Queda por analizar la parte adjetiva de la ley. A tales efectos se dividirá la exposición en los siguientes puntos:

3.1. Artículo 81 de la ley y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". Repercusiones en el ámbito de la justicia militar.

3.2. La instrucción en la LOSPP.

3.2.1. La instrucción directa y el principio de inmediación procesal.

3.2.2. Paralelismo en la instrucción. Consecuencias posibles.

3.3. El juicio en ausencia.

3.4. El juicio oral. Su obligatoriedad.

3.5. Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la ley. Consideración especial en torno al nombramiento de los jueces del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3.1. *El artículo 81 y la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público"*

La LOSPP en su artículo 81 "crea" la jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público, integrada por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público y por los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal que determine el Ejecutivo Nacional.

La creación de esta jurisdicción especial reviste particular importancia toda vez que a través de la misma, el legislador despojó cualquier duda que pudiese presentarse en relación a situaciones en las cuales hubiera concurrencia de delitos de diversa naturaleza, o intervención de diversos sujetos activos. En este sentido los artículos 89 y 90 de la ley definen ambas situaciones, por una parte, el artículo 89 plantea la solución a la hipótesis en que concurran en el hecho punible tanto funcionarios de los mencionados en el artículo 82 (altos funcionarios) como otro tipo de funcionarios particulares, indicando que en tales casos será competente para decidir, el Tribunal Superior de Salvaguarda. En caso de tratarse de sujetos distintos a los indicados en el artículo 82 (es decir, los otros funcionarios y/o los particulares), corresponderá el conocimiento de la causa al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el territorio donde se hubiere cometido el hecho más grave.

En caso de delitos de igual gravedad, operará la figura del "avocamiento" como determinante de la competencia para conocer todos los hechos.

El artículo 90 merece comentario especial por cuanto define toda una materia que desde ahora se vislumbra como probable fuente de muchas discusiones: la materia relativa a la jurisdicción militar.

A nuestro parecer, por primera vez en muchos años el legislador no titubeó a la hora de fijar posición en torno a los mal llamados "conflictos de competencia". Y no podía ser de otra manera. El legislador no tenía otra alternativa luego de haber declarado en el artículo 81 la creación de la "jurisdicción especial de Salvaguarda del Patrimonio Público". En efecto, el artículo 90 decreta la supremacía absoluta de la jurisdicción especial de Salvaguarda frente a cualquiera otra. Fue enfático el legislador al establecer que... "basta que un delito de los previstos en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público se hubiere cometido en concurrencia con otro u otros de diversa naturaleza para que la competencia corresponda exclusivamente a los tribunales con competencia en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público". No amerita mayores comentarios dicha norma, sin embargo, queda por analizar otro aspecto de la cuestión; no faltará quien se pregunte: ¿quién juzgará al militar que comete un delito contra el patrimonio público encontrándose en alguna de las circunstancias señaladas en el ordinal 3º del artículo 123 del Código de Justicia Militar? La respuesta tiene que ser afirmativa, toda vez que el mencionado ordinal del artículo 123 del CJM está referido a los delitos *comunes* (por oposición a los delitos militares). Pero a partir del 1º de abril de 1983 surge un tercer tipo de hechos punibles: "LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PÚBLICO" y las personas que incurran en ellos serán procesados por los tribunales con jurisdicción en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El anterior criterio es reforzado luego de la lectura del artículo 7, ordinal 2º, que establece: "...Los suboficiales, clases y soldados de las Fuerzas Armadas Nacionales que no ejerzan funciones administrativas..." están exceptuados de formular declaración jurada de patrimonio. Por interpretación a contrario, dichos funcionarios están obligados a formular declaración jurada de patrimonio cuando desempeñen funciones administrativas, con lo cual son sujetos destinatarios de la ley en análisis.

Finalmente con relación a este punto es importante señalar los artículos 2 y 4 de la ley. El artículo 2 al tratar de definir la noción de "funcionario público" a los efectos de la ley, señala en el nume-

ral 1º:... "A todos los que estén investidos de funciones públicas al servicio de la República...". Por su parte el artículo 4, al tratar de definir la noción de "Patrimonio Público", establece: "...el que por cualquier título corresponda a: 1º... la República...". Partiendo de ambos artículos, se tiene que concluir inexorablemente que todos los bienes que de alguna manera pertenecen a las FAN, deben ser considerados como parte integrante de "la República" y por ende comprendidos en la expresión... "bienes que por cualquier título pertenecen a la República".

Todo lo anterior adquiere particular importancia cuando observamos al Capítulo IX, Título III del CJM, relativo a los "Delitos contra la Administración Militar"; nos inclinamos a pensar que ese Capítulo ha sido derogado, a pesar de no estar incluido en el artículo 109 de la LOSPP, el anterior criterio se sustenta en que todo el Capítulo IX (DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN MILITAR) está referido a conductas atentatorias contra bienes que en alguna forma pertenecen a la Administración de las FAN y por ende, a bienes que forman parte del Patrimonio Público. En efecto, tanto el artículo 570 en seis de sus 7 ordinales (quizá sólo el ordinal 6 pudiera excluirse), como el artículo 571, hacen mención a conductas atentatorias de bienes pertenecientes a la institución armada.

Pensamos que a partir del 1º de abril de 1983, los hechos que configuren alguno de los delitos contemplados en el Capítulo IX, Título III del CJM, sin duda alguna deberán ser conocidos por el correspondiente Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público y ello en razón de que todas y cada una de las conductas que contempla el CJM dentro de los delitos contra la Administración Militar, están contemplados en la nueva Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. El hecho de no estar incluido dicho capítulo en el artículo 109 de la ley no es óbice para afirmar (en aplicación de los principios generales en materia de sucesión de leyes en el tiempo), que con la entrada en vigencia de la LOSPP ha sido derogado en su totalidad el capítulo del CJM correspondiente a los "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN MILITAR".

3.2. *La instrucción en la LOSPP*

Dentro de la presente exposición se ha considerado necesario esbozar algunos problemas que pudieran surgir en la instrucción de los procesos que se sigan por la Comisión de Delitos contra el Patrimonio

Público. Al respecto se desarrollarán sólo dos aspectos que a nuestro juicio resultan los más resaltantes en el texto en análisis.

3.2.1. *La instrucción directa y el principio de inmediación procesal*

La LOSPP presenta en el sumario dos normas interesantes como son las contempladas en los artículos 85 y 86. A pesar del orden numérico, comentaremos primero la contenida en el artículo 85, toda vez que se trata de una materia que atañe a un principio procesal básico, cual es el de la inmediación procesal. En efecto, el mencionado artículo 85 establece la obligación de la "instrucción directa" para los Tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público en los procesos cuyo "conocimiento les compete". De la lectura de esta parte del artículo, se evidencia que el legislador quiso evitar la "delegación" en la fase instructora por parte del tribunal de la causa; se ponía así en plena vigencia el principio de la "inmediación procesal" en virtud del cual, el juez ejerce el control directo de la causa, convirtiéndose así en el rector máximo del proceso; sin embargo, el propio legislador creó una excepción "... salvo cuando se trate de citaciones y notificaciones, evacuación de pruebas y práctica de medidas preventivas y de ejecución...", "cuando podrán librar rogatorias, exhortos y comisiones a cualquier otro juzgado de la República o del extranjero, según corresponda".

Sostenemos el criterio que la excepción mencionada, acaba con la regla de la instrucción directa, ya que, los actos del sumario son, por antonomasia, las citaciones, notificaciones y evacuación de pruebas que constituyen justamente tres de los casos en los cuales el Juez o Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público podrá delegar la función instructora. En la práctica judicial actual, esto equivaldría a que en corto plazo, los actos esenciales del sumario serán cumplidos por tribunales comisionados, lo cual permitirá dejar sin efecto la instrucción directa del Sumario. Algunos parlamentarios han pretendido explicar que no es correcta la anterior interpretación afirmando que en el artículo 85 la expresión... "Evacuación de pruebas..." está referida a actuaciones en el plenario. Quizás eso fue lo que quiso decir el legislador, pero al utilizar el término... "Instructores directos...", ¿cómo entender que en el plenario haya instrucción? Para nadie es un secreto que la instrucción es fase sumarial. A pesar de todo ello, confiamos sin embargo, en la razón de los jueces y tribunales de Salvaguarda del Patrimonio Público para que no deleguen en ningún caso la instrucción del proceso, además de la utilización del recurso final de no aplicación de la

parte final del artículo 85 de la LOSPP, que consagra la excepción a la regla de la instrucción directa, por contradictoria con la primera parte del mismo artículo.

3.2.2. *Paralelismo en la instrucción y sus posibles consecuencias*

La LOSPP en su artículo 56 establece "que las averiguaciones o actuaciones que practiquen la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, de conformidad con las atribuciones que le confiere esta ley, no impiden ni menoscaban las de los tribunales competentes en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, y, en ningún caso, podrán ser opuestas aquéllas como cuestión prejudicial ante el órgano jurisdiccional". De esta forma, se admite un paralelismo en la investigación, situación esta que puede degenerar en un conjunto de actuaciones contradictorias que traigan como consecuencia la impunidad. La experiencia fôrense demuestra claramente los resultados diversos que se obtienen a la hora de interrogar a un testigo en diversas instancias. Si eso ocurre cuando se trata de una misma persona interrogada, es de imaginar qué ocurrirá cuando se trate de acopio de diversas pruebas y diversos interrogatorios, cumplidos cada uno de ellos en organismos tan distintos como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el respectivo Tribunal competente.

El artículo 57 por otra parte, determina el valor probatorio de las diligencias que practiquen la Contraloría General y/o el Ministerio Público, lo cual despeja cualquier duda que pudiera existir en cuanto al reconocimiento de facultades instructoras a organismos como la Contraloría General y el Ministerio Público, carecen de la infraestructura necesaria para llevar adelante una investigación sumarial.

El mencionado artículo 57 por otra parte, no es otra cosa que una copia (*mutatis mutandi*) del artículo 75-J del CEC, que determina el valor probatorio de las actuaciones cumplidas por la Policía Judicial en el proceso penal ordinario.

Todo lo anterior, evidencia una intención expresa en el legislador de otorgar la mayor amplitud de poderes inquisidores a órganos diversos en la fase instructora. No opinamos acerca de la bondad de dicho criterio, lo que sí creemos es que el paralelismo en la instrucción —repetimos— traerá una complejidad tal en la investigación, que en no pocos casos, la consecuencia será la impunidad.

No queremos terminar el comentario de esta parte sin llamar la atención sobre el numeral 1º del artículo 51 en la expresión: "...Si aparecieren fundados indicios de la comisión de un delito...". No parece correcta dicha mención, toda vez que sólo el órgano jurisdiccional es el competente para pronunciarse acerca de la existencia de fundados indicios de culpabilidad.

3.3. - *El juicio en ausencia*

Los artículos 91 y subsiguientes de la LOSPP regulan todo lo referente al juicio en ausencia. No es otra cosa que el desarrollo del artículo 60, ordinal 5º de la Constitución Nacional que contempla la posibilidad de un proceso contra el procesado ausente. El primer problema que surge en relación a este punto es el relacionado con la persona incurso en delitos contra el Patrimonio Público y simultáneamente haya cometido delitos de otra naturaleza. ¿Qué hacer con esta persona?, ¿cuál será el procedimiento a seguir? Pensamos que en este caso no es posible imaginar que el procedimiento en ausencia se siga con relación a todos los hechos punibles; la Constitución Nacional es clara al respecto: el procedimiento en ausencia sólo es posible cuando se trate de delitos contra la cosa pública. En todo caso, el juicio en ausencia continuará su curso en forma autónoma en lo referente a los delitos contra el patrimonio público, mientras que con respecto al delito o delitos de otra naturaleza, se aplicarán las normas del CEC, de tal forma que si el enjuiciado no es capturado, el proceso quedará en suspenso hasta tanto se logre su captura.

3.4. *De la obligatoriedad del juicio oral*

Lo único novedoso de la ley en este aspecto, radica en la obligatoriedad del juicio oral. En efecto, el CEC en sus artículos 412-A y ss., determina el procedimiento a seguir en el juicio oral, pero el 412-E da la posibilidad al juez para que éste, después de la contestación de los cargos por el reo, decida si continúa el proceso por la vía del procedimiento ordinario o si opta por el juicio oral. La LOSPP no da esa posibilidad de optar; lo impone como obligación en el artículo 99, agregando que en ningún caso las audiencias del juicio oral serán secretas. Todo ello para permitir el "CONTROL DEL PROCESO" por parte del público; aquí se manifiesta en toda su magnitud la importancia de la publicidad del proceso penal.

3.5. *La Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Alzada*

Importante la declaratoria del artículo 101 de la LOSPP que coloca a la Sala de Casación Penal de la CSJ como Tribunal de Alzada, con competencia para conocer y decidir las apelaciones interpuestas contra las decisiones que en primera instancia dicten los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público. Decimos importante, porque de esta manera se coloca a nuestro máximo Tribunal en situación de Tribunal de Instancia, de Tribunal que examinará hechos; abandonando así el modelo francés, según el cual la CSJ sólo conoce el Derecho a través del Recurso de Casación. Era el viejo concepto elitesc y exclusivista de la Casación. Creemos que con esta norma se inicia el camino hacia el establecimiento en Venezuela de un modelo de CSJ que responda un poco más a nuestra idiosincracia.

3.6. *El nombramiento de los Jueces Superiores de Salvaguarda**

Mención especial merece el artículo 83 de la LOSPP que otorga la potestad a la CSJ, en pleno, para nombrar a los tres jueces que integrarán el primer Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

El legislador —no se sabe por cuáles razones— optó por dejar en manos de la CSJ el nombramiento, en lugar de conceder dicha potestad al Consejo de la Judicatura (tal y como aparecía en el texto de la ley aprobada en el Congreso). Ante tal situación, se viene comentando insistentemente que el Consejo de la Judicatura, a través de sus miembros, intentará un Recurso de Inconstitucionalidad del mencionado artículo 83, toda vez que lesiona la norma constitucional que menciona al Consejo de la Judicatura como el organismo encargado de la organización del aparato judicial. Por otra parte, se argumenta que en caso de ser nombrados por la Corte Suprema de Justicia, los jueces del Tribunal Superior

* Para el momento de estar en imprenta este trabajo (3-6-82) aún la CSJ no había nombrado los tres jueces que deben integrar el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, incumpliendo de esta forma, la propia CSJ en pleno (el Máximo Tribunal de la República), el mandato legal que le fuera impuesto en el artículo 110 de la ley que establece: "La presente ley entrará en vigencia el 1º de abril de 1983. ANTES (NUESTRO) de dicha fecha se crearán el o los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público...". La CSJ está en mora. Un nacimiento por demás accidentado para un instrumento legal en el cual —a nuestro juicio— se está confiando en exceso para poner coto a la corrupción administrativa que actualmente corroe las bases institucionales del sistema democrático.

de Salvaguarda del Patrimonio Público no podrán ser considerados como jueces de carrera, de conformidad con la Ley de Carrera Judicial.

Nos atrevemos a afirmar que está destinada al fracaso toda solicitud de inconstitucionalidad basada sobre esos argumentos. La facultad de la CSJ para nombrar jueces, le viene atribuida en el artículo 44, ordinal 8º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Con respecto al otro punto, los únicos jueces excluidos de la carrera judicial son los jueces de la jurisdicción militar.

3.7. *Referencia a los artículos 103, 115 y 116 de la ley*

Antes de avanzar las conclusiones finales de esta intervención, queremos referirnos muy especialmente a los artículos 103, 115 y 116. El artículo 103 de la LOSPP prohíbe expresamente cualquier posibilidad que permita la libertad del procesado a lo largo de la causa. Hay quienes afirman que el legislador fue excesivamente duro en este artículo y que por otra parte, esto refleja la intención —fundamentalmente represiva— que animó este instrumento legal.

Los artículos 115 y 116

Dichos artículos están enmarcados en las “DISPOSICIONES TRANSITORIAS” relativas a la sucesión de leyes en el tiempo.

El artículo 115 determina el modo cómo deberán proceder los jueces penales o civiles, según los casos, que para el 1º de abril estén conociendo de juicios relacionados con conductas reguladas en la nueva ley.

La primera hipótesis establece: “...seguirán conociendo los que fueren de su competencia... de acuerdo con esta ley...”. ¿Qué quiso decir el legislador? Que aquellos Tribunales de Primera Instancia en lo Penal que el Ejecutivo Nacional faculte para ejercer las funciones de Juzgados de Primera Instancia en la materia de SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO, deberán continuar en el conocimiento de las causas que para el 1º de abril estuvieren conociendo por la Comisión de Delitos contra la Cosa Pública. Si en cambio se tratase de Tribunales de Primera Instancia en lo Penal que para el 1º de abril estuvieren conociendo de causas por la Comisión de Delitos contra la Cosa Pública y que no tienen jurisdicción en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, deberán remitir los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. Ahora bien, ¿para qué enviar los autos a ese Tribunal? ¿Para su distribución? ¿Para que sean decididos? Creemos

que la intención del legislador no puede ser otra que la de enviarlos para que sean decididos en Primera Instancia por el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. No tiene sentido pensar en la función distribuidora del Tribunal Superior de Salvaguarda; hasta ahora los tribunales que han fungido como tribunales distribuidores son de la misma jerarquía que los tribunales hacia donde se distribuyen los expedientes correspondientes. Así tenemos que un Tribunal de Primera Instancia es distribuidor de otros de Primera Instancia, así como un Tribunal Superior es el encargado de distribuir hacia otros superiores. No hay motivos racionales para pensar que el legislador quiso que se enviaran los expedientes en curso por delitos contra la cosa pública, hacia el Tribunal Superior de Salvaguarda para que éste procediera a su distribución. Sin embargo, pudiera argumentarse: ¿Por qué el Tribunal Superior de Salvaguarda debe decidir en Primera Instancia de causas cuyo conocimiento, en circunstancias normales, correspondería a Tribunales de Primera Instancia en lo Penal?

Creemos que por tratarse de una norma cuya vigencia será limitada en el tiempo (recuérdese que es una Norma Transitoria), ya que una vez decididos esos expedientes, no será posible imaginar situaciones análogas. Esta es una característica típica de las Normas Transitorias, para así enfrentar el pasaje de la ley derogada a la ley nueva.

Lo anteriormente expuesto es en cuanto a los jueces penales. ¿Qué ocurre con los jueces civiles que para el 1º de abril estuvieren conociendo de juicios originados por la comisión de hechos ilícitos que hayan lesionado el patrimonio público? A nuestro parecer, la ley es clara en la respuesta: Deberán proceder de igual manera que los jueces penales de Primera Instancia que no tienen jurisdicción en la materia de Salvaguarda del Patrimonio Público, es decir, deberán remitir los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público. Hay quienes, no estando de acuerdo con el criterio anterior, afirman que de lo que se trata en esta parte del artículo 115 es de una prórroga de la competencia, criterio según el cual, los jueces civiles que estén en esa situación deberán seguir conociendo de dichas causas a pesar de su incompetencia. A nuestro juicio, esto último no es posible, ya que se trata de una jurisdicción especial; por tanto, de una norma de procedimiento, que según principios generales (ratificados en el artículo 116 de la ley) se aplican desde la entrada en vigencia de la ley.

Así tenemos que el artículo 115 tiene una vigencia limitada en el tiempo, ya que se trata de una norma destinada a facilitar el paso

de una ley derogada a la ley nueva. Tiene por objeto indicar el procedimiento que deberán seguir los jueces (civiles o penales) que para el 1º de abril estuvieren conociendo de causas (penales o civiles) para cuyo conocimiento eran competentes *hasta* el 1º de abril (fecha de entrada en vigencia del nuevo instrumento legal). De aquí nacen las tres hipótesis:

1) Jueces penales de Primera Instancia que tienen jurisdicción en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público: Seguirán conociendo.

2) Jueces penales de Primera Instancia que no tienen asignada la jurisdicción de Salvaguarda del Patrimonio Público: Deberán enviar los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

3) Jueces civiles (que en ningún caso pueden seguir conociendo según la nueva ley por no tener jurisdicción, quedando así equiparados a los Juzgados Penales que están ubicados en el numeral 2). Igualmente deberán enviar los autos al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

De esta forma, el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público deberá decidir en Primera Instancia estos procesos. Una vez resuelta esta situación, la aplicación de la Norma Transitoria no será posible y así habrá cumplido la función que le es propia a todas las Normas Transitorias, la de facilitar el paso de la ley derogada a la ley nueva.

CONCLUSIONES

Creemos que el instrumento legal aprobado y próximo a entrar en vigencia debe ser tomado en cuenta en sus reales dimensiones. No debe considerársele como la panacea, como el instrumento legal que finalmente permitirá ponerle fin al fenómeno "corrupción administrativa". Es una ley que deberá ser objeto de reforma a corto plazo, reforma que estará orientada a mejorarla en los aspectos que se presenten como insuficientes a lo largo de su aplicación en tiempo razonable.

Venezuela es un país de gente joven —para fortuna de todos— al cual le falta mucho camino por andar. Ciertamente que el Poder Judicial está muy cuestionado actualmente, no sólo ese Poder, sino el Congreso y también el Ejecutivo. Pareciera que nos encontramos en la antesala a un nuevo rumbo. Ojalá sea así, no por la aprobación de una o varias leyes, sino porque —como dijeron los politólogos en este Seminario— el momento histórico así lo exige.

Somos optimistas y creemos en esa circunstancia. No podemos creer en una ley como instrumento eficaz para acabar con una realidad, porque ya el Código Penal existe, y sin embargo, no se aplica en la mayoría de sus normas. Si esto es así, ¿por qué pensar que una nueva ley cambiará toda la situación vigente? El Estado de Derecho encuentra su asidero en los órganos encargados de administrar justicia, si la población no cree en sus jueces, casi todo está en peligro.

Recordemos a Carnelutti cuando al hablar de la misión del juez expresó: "EN LO MÁS ALTO DE LA ESCALA ESTÁ EL JUEZ; NO EXISTE UN OFICIO MÁS ALTO QUE EL SUYO NI UNA DIGNIDAD MÁS IMPONENTE. ESTÁ COLOCADO EN EL AULA, SOBRE LA CÁTEDRA Y MERECE ESTA SUPERIORIDAD".

Cuando el juez comprenda el real valor y significado de esas frases y las realice, merecerá esa superioridad. El respeto a su dignidad de magistrado será la consecuencia lógica y el reconocimiento como hombre probo y talentoso.

En la existencia de la LOSPP y su aplicación será fundamental su nacimiento. ¿Quiénes serán nombrados como Jueces Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público? Si el nombramiento obedece a razones exclusivamente partidistas, por encima de consideraciones de capacidad y probidad, la corrupción administrativa continuará su camino. Si por el contrario, los nombramientos responden a los criterios sanos y justos que deben inspirar una decisión de este tipo, se podrá albergar alguna *esperanza* de comenzar a realizar una obra de enseñanza efectiva que sirva de base para cambiar la concepción mental que actualmente tiene el venezolano frente a los bienes del Estado. Creemos que en manos de la jurisprudencia queda la vigencia de este nuevo instrumento legal.