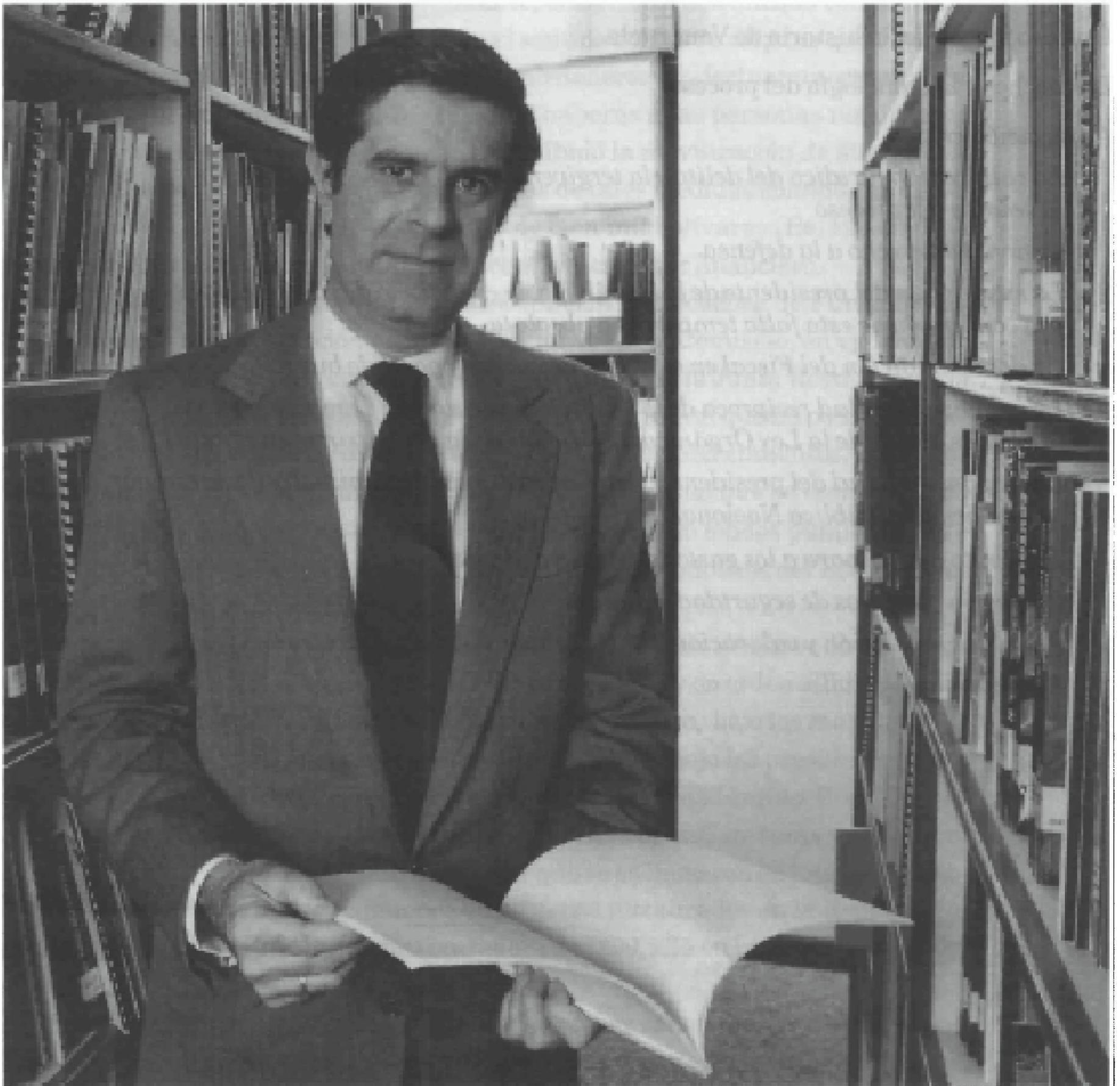


ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS



Caracas, 1953. Graduado con la distinción "Summa Cum Laude" en Derecho.
Master en Jurisprudencia Comparada, Universidad de Nueva York,
Instituto de Derecho Interamericano. Master en Leyes,
Universidad de Harvard, (LLM). Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello.
Presidente de la Comisión Nacional de Valores (1985-1989).
Director del Escritorio Jurídico "Urdaneta Fontiveros & Asociados".

¿Gastar en lo que no se debe? Cuando se enjuicia a un presidente

Un caso inédito en la historia de Venezuela

Los hechos y la cronología del proceso

Apreciación crítica

La calificación jurídica del delito y la tergiversación de los hechos durante la secuela del proceso

Lesión del derecho a la defensa

La suspensión del presidente de la República en el ejercicio de sus funciones y la conversión de esta falta temporal en absoluta

La doble condición del Fiscal en el juicio: acusador y parte de buena fe

La incompatibilidad recíproca de los delitos de peculado y de malversación (artículos 58 y 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público)

La responsabilidad del presidente de la República como administrador supremo de la Hacienda Pública Nacional

El secreto que ampara a los gastos de seguridad y defensa

La noción de gastos de seguridad y defensa

Falta de apreciación y valoración de los argumentos de la defensa

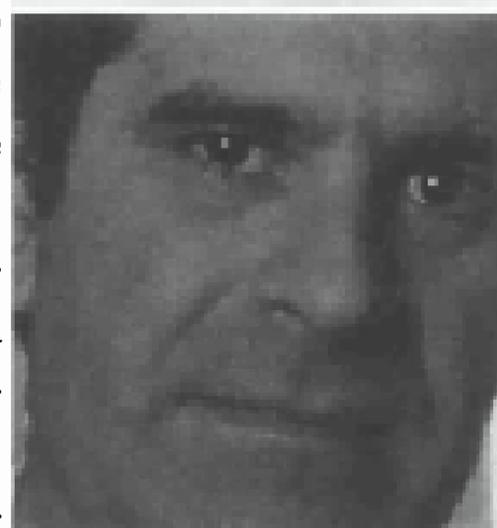
La reclamación civil

Comentario final

EN 1649, UN REY, Carlos I de Inglaterra y de Escocia, fue enviado al cadalso y decapitado al final de una larga guerra civil, después de la cual se impuso la dictadura de Oliverio Cromwell “Protector de la República de Inglaterra”.

Un siglo y medio más tarde los reyes de Francia, Luis XVI y María Antonieta, fueron juzgados por la Convención y ejecutados en 1793, en medio de la dictadura del terror, a lo que siguió el Consulado y el advenimiento de Napoleón I, Emperador de los franceses.

Después de transcurridos dos siglos más, esto es, en 1993, en Venezuela, se inició un juicio contra el entonces presidente, Carlos Andrés Pérez. La Corte Suprema de Justicia de Venezuela ejecutó el veredicto popular y Pérez fue defenestrado a lo que siguió, poco tiempo después, la fundación de la Quinta República y el establecimiento de la República Bolivariana de Venezuela.



Un caso inédito en la historia de Venezuela

El juicio a Carlos Andrés Pérez, por el denominado caso de los 250 millones de la partida secreta, es, sin duda, un juicio histórico; un caso sin precedentes en la historia de Venezuela. Por primera vez se enjuició en el país, en el ejercicio del cargo, a un presidente de la República; se le imputaron serias conductas delictivas; se lo condenó, destituyéndolo de la primera magistratura, y se le envió a la cárcel.

La historia de Venezuela está signada por cambios de gobierno determinados a través de revoluciones, rebeliones, cuartelazos y golpes de Estado. También hemos presenciado, afortunadamente, la elección de presidentes de la República en comicios libres por votación universal, directa y secreta. Sin embargo, lo que constituye un hecho inédito en nuestra vida republicana es la destitución del presidente por haber cometido en el ejercicio de sus funciones hechos delictivos en perjuicio de la nación.

Desde luego, es muy significativo que, por primera vez, mediante un procedimiento judicial se removió de su cargo al ciudadano que la voluntad popular había escogido para desempeñar el cargo de presidente de la República durante el período 1989-1994. Este mismo ciudadano ya había sido elegido, con anterioridad, para ocupar la primera magistratura por el período 1974-1979, y su estatura política a nivel internacional había sido ampliamente reconocida.

Los hechos que determinaron el enjuiciamiento del presidente Pérez mantuvieron en vilo a la sociedad durante mucho tiempo. Se afirmó que el caso de la desaparición de una suma superior a los diecisiete millones de dólares de la partida secreta del Ministerio de Relaciones Interiores, o su manejo en provecho propio, era una manifestación importante de la crisis de moral pública de la sociedad venezolana. Según esta corriente de opinión, lo que estaba en juego en este caso era la dignidad de la República, la buena fe del pueblo venezolano, la pulcritud en el manejo de los dineros del Estado y el buen orden en la administración de los recur-

El juicio a Carlos Andrés Pérez... es, sin duda, un juicio histórico; un caso sin precedentes en la historia de Venezuela.

...sos públicos. En fin, los hechos que rodearon al juicio del presidente Pérez tenían que ver con la probidad y con la moral pública nacional. Ante la corrupción rampante en nuestra sociedad, se consideró que este proceso constituía una prueba de fuego para la existencia del estado de derecho. Su desenlace, para quienes expresaron estos juicios, fue, sin duda, aleccionador puesto que, en

su criterio, la condena a Carlos Andrés Pérez significó el triunfo de la justicia y puso de manifiesto que nadie está por encima de la Ley, por importante, poderoso e influyente que sea.

Otros, por el contrario, observaron cómo el desarrollo de este proceso, signado por las pasiones, hizo aflorar odios políticos y resentimientos que, con demasiada frecuencia, se ocultan en Venezuela bajo el manto de una pretendida invocación a la justicia. Según esta corriente de opinión, el juicio a Carlos Andrés Pérez y su desenlace fueron una manifestación del clamor de las muchedumbres como criterio para administrar justicia. Muchos pensaban que con la salida de Pérez se resolvería la crisis política. Según los abanderados de esta manera de pensar, durante la secuela del juicio se evidenció la presión y el influjo perturbador de la opinión pública, la violencia ejercida sobre los magistrados y los pactos políticos para alterar el orden establecido; pactos que determinaron una serie de decisiones carentes de sustentación jurídica, cuyas motivaciones fueron políticas y que fueron dictadas en un proceso en el cual se desconocieron garantías fundamentales en el estado de derecho.

Para quienes así se expresaron, este caso constituye un gravísimo precedente contra el estado de derecho, en el cual la mayoría sentenciadora no decidió con estricto apego a la ley sino con base en consideraciones de orden político. El pueblo había bajado el pulgar y a la Corte Suprema de Justicia (CSJ) le correspondió, simplemente, el papel de verdugo, esto es, limitarse a ejecutar el veredicto popular. Si el pueblo quería la cabeza del presidente, lo más democrático era ofrendársela, aun en desmedro del derecho.

Los hechos y la cronología del proceso

El proceso seguido al ex presidente Carlos Andrés Pérez, a sus ex ministros Alejandro Izaguirre y Reinado Figueredo Planchart, y a sus ex colaboradores

Oscar Barreto Leiva y Carlos Vera Aristiguieta duró más de tres (3) años y consta de numerosas piezas de un expediente de más de 20.000 folios, que contiene todas las diligencias, actuaciones, escritos, oficios e informes producidos en la respectiva investigación sustanciada por ante la CSJ. A continuación se reseñan, en forma sinóptica, los hechos y las actuaciones más relevantes de este proceso.

El 8 de noviembre de 1992 los periodistas José Vicente Rangel y Andrés Galdó denunciaron, a través de sus respectivas columnas, que se habían cometido hechos irregulares con la partida secreta del Ministerio de Relaciones Interiores.

El 11 de marzo de 1993 el Fiscal General de la República introdujo acusación y solicitud de antejuicio de mérito por ante la Corte Suprema de Justicia en pleno contra los ciudadanos Carlos Andrés Pérez, presidente de la República para esa fecha, Alejandro Izaguirre, ministro de Relaciones Interiores para la época y Reinaldo Figueredo Planchart, ministro de Relaciones Exteriores para la fecha de los hechos imputados, basado en los siguientes hechos: en el mes de febrero del año 1989, poco tiempo después del inicio del gobierno de Carlos Andrés Pérez, el ministro de Hacienda solicitó ante el Consejo de Ministros una rectificación presupuestaria por un monto de 250 millones de bolívares de la partida de ese Ministerio destinada a gastos de seguridad y defensa, conocida bajo el nombre de "partida secreta". Aprobada la rectificación, la partida correspondiente en bolívares fue convertida en dólares, a través de la Oficina de Cambios Diferenciales (RECADI) y de las gestiones pertinentes ante el Banco Central de Venezuela (BCV), señalándose que ese dinero estaría destinado a cubrir gastos de seguridad y defensa.

Comoquiera que el BCV no tenía la disponibilidad de los US \$ 17.241.389,31 que resultaban del cambio de los 250 millones de bolívares a US \$, a razón de Bs. 14,50 por un dólar, el instituto emisor entregó, primero, la cantidad de US \$ 500.000 y emitió un giro, aparentemente por error, a favor del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia por los restantes US \$ 16.741.379,31.

Posteriormente, el BCV entregó US \$ 2.000.000 adicionales de los que habían sido solicitados y elaboró un nuevo giro por el remanente de US \$ 14.741.379,31 a nombre del Ministerio de la Secretaría. Al formularse por ante el BCV una nueva solicitud de entrega parcial de dólares, el instituto emisor, probablemente, cayó en la cuenta del error de haber elaborado los giros a favor del Ministerio de la Secretaría e hizo entrega al director de Administración del Ministerio de Relaciones Interiores de la última cantidad mencionada en dólares americanos y en efectivo. De esta forma, en definitiva, el dinero disponible en dólares en el BCV fue retirado por funcionarios del Ministerio de Relaciones Interiores y de la Secretaría, desconociéndose su destino final.

En criterio del Fiscal General de la República, en razón de los hechos antes descritos, los mencionados ciudadanos estarían incurso en los delitos de malversación genérica y peculado, previstos y sancionados en los artículos 60 y 58 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP). El delito de mal-

versación genérica, en criterio del Fiscal General de la República, se habría cometido al haberse utilizado los fondos de la partida secreta en finalidades públicas distintas de las presupuestadas, por la circunstancia del cheque emitido a nombre del Ministerio de la Secretaría. Y el delito de peculado se habría cometido si se demuestra que dichos fondos, o parte de ellos, ingresaron al patrimonio de funcionarios o al de particulares.

En fecha quince de abril de 1993, un grupo de personalidades asistido por el abogado Omar Mezza Ramírez, intentó una acusación privada contra el presidente Pérez y de sus ex ministros, Izaguirre y Figueredo.

El 20 de mayo de 1993, la Corte Suprema de Justicia declaró la existencia de méritos suficientes para el enjuiciamiento de los ciudadanos Carlos Andrés Pérez, Alejandro Izaguirre y Reinaldo Figueredo Planchart; y asimismo, acordó participar de tales pronunciamientos a las respectivas Cámaras del Congreso de la República, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 215 de la Constitución Nacional (CN) y 148 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ).

Al día siguiente, por acuerdo del Senado de la República, se convino autorizar el enjuiciamiento del presidente Carlos Andrés Pérez y éste quedó suspendido en sus funciones. En virtud de dicha autorización, la Corte Suprema de Justicia, mediante auto de fecha 26 de mayo de 1993 y en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 215 (numeral 1º) de la Constitución de la República, acordó continuar conociendo de la acusación propuesta por el Fiscal General de la República, hasta la sentencia definitiva.

Tres meses después, por acuerdo del Congreso Nacional, la suspensión quedó convertida en destitución y declarada así la vacante absoluta de la presidencia que impedía, definitivamente, el retorno de Carlos Andrés Pérez a su cargo.

El 18 de mayo de 1994, la Corte Suprema de Justicia decretó la detención judicial de los ciudadanos Carlos Andrés Pérez, Alejandro Izaguirre y Reinaldo Figueredo Planchart, por la comisión de los delitos de malversación genérica y peculado doloso propio, previstos en los artículos 60 y 58 de la LOSPP, respectivamente; y decretó, igualmente, la detención judicial de los ciudadanos Carlos Vera Aristiguieta y Oscar Barreto Leiva, por la comisión del delito de complicidad en malversación genérica, previsto en el artículo 60 de la LOSPP, en concordancia con el artículo 84 (numeral 3º) del Código Penal (CP). Se ordenó el traslado de los procesados al internado judicial de El Junquito. El auto de detención se basó en el hecho de que los 250 millones, convertidos en 17 millones de dólares, habrían sido transferidos al Ministerio de la Secretaría en forma irregular lo cual tipificaba el delito de malversación; y el envío de una misión policial a Nicaragua en 1990, a costa de la partida secreta del Ministerio de Relaciones Interiores para brindar protección a la señora Violeta Barrios de Chamorro, presidenta de Nicaragua para esa fecha, era constitutivo del delito de peculado.

El 6 y 7 de julio de 1994, tuvo lugar el acto de la declaración indagatoria rendida por los encausados Carlos Andrés Pérez y Alejandro Izaguirre, debidamente asistidos por sus defensores provisorios.

El 14 de julio de 1994, los ciudadanos Carlos Andrés Pérez y Alejandro Izaguirre designaron a sus defensores definitivos en el juicio. Lo mismo hicieron los ciudadanos Oscar Barreto Leiva y Carlos Vera Aristiguieta. Por auto de fecha 18 de julio de 1994, el Juzgado de Sustanciación de la Corte Suprema de Justicia designó a los defensores definitivos del procesado Reinaldo Figueredo Planchart, a quien se siguió juicio en ausencia por no encontrarse en el país.

El 15 de enero de 1994, el Fiscal General de la República formuló cargos por los delitos de malversación y peculado y le añadió a la malversación la agravante del daño, toda vez que –según él– el cambio de bolívares a dólares americanos, si bien se pactó bajo el régimen preferencial de Bs. 14,50 por un dólar, se habría perfeccionado cuando un dólar costaba 37 bolívares, lo cual habría perjudicado al BCV.

El 23 de noviembre de 1994, Carlos Andrés Pérez objetó en todas sus partes, durante la audiencia pública del reo que tuvo lugar en la Corte Suprema de Justicia, el escrito de cargos presentado el día anterior por el Fiscal General de la República. Señaló que no estaba demostrado el cuerpo del delito en el caso de los Bs. 250 millones. En esa misma fecha, el Fiscal General de la República leyó el escrito de cargos en lo referente a las acciones que debe ejercer la Corte Suprema de Justicia contra los coprocesados y a la responsabilidad civil de los procesados en virtud del presunto daño que éstos ocasionaron a la nación, estimado en Bs. 637.562.931, en el caso de que el fallo fuese condenatorio.

El 18 de enero de 1995, el Fiscal General de la República consignó por ante la Corte Suprema de Justicia escrito de promoción de pruebas. En fecha 10 de febrero de 1995, la Corte admitió que deberían comparecer, como peritos-testigos, los ex presidentes Luis Herrera Campins, Alejandro Izaguirre, Jaime Lusinchí y Ramón J. Velásquez, así como el presidente Rafael Caldera y la presidenta de Nicaragua, Violeta Chamorro.

El 5 de octubre de 1995 tuvo lugar el acto de informes orales en el que los abogados defensores, el Fiscal General de la República y el acusador privado presentaron, en forma resumida, sus alegatos y conclusiones.

El 30 de mayo de 1996, la Corte Suprema de Justicia, con el voto favorable de 11 magistrados y el voto salvado de 4, condenó a Carlos Andrés Pérez y a Reinaldo Figueredo Planchart a cumplir, el primero, la pena de dos (2) años y cuatro (4) meses de arresto y, el segundo, la de prisión por el mismo plazo, por encontrarlos autores responsables del delito de malversación genérica agravada, tipificado en el artículo 60 de la LOSPP. Debe indicarse que en razón de tener más de 70 años, según lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal, la sentencia condenó a Carlos

Tampoco se pronunció la Corte acerca de la existencia y tipificación legal del delito de peculado espiritual, cuya comisión imputó el Fiscal a Carlos Andrés Pérez...

Andrés Pérez a cumplir pena de arresto y no de prisión. Igualmente, los condenó a ambos a indemnizar los daños y perjuicios inferidos al patrimonio público, una vez que se determinara el monto de tales daños, mediante la experticia complementaria que se ordenó practicar a tales fines, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la LOSPP. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia absolvió a Carlos Andrés Pérez y a Reinaldo Figueredo Planchart por el delito de peculado doloso propio, tipificado en el artículo 58 de la LOSPP, por no estar demostrado en autos el cuerpo de este delito.

*Parece un
contrasentido desde
el punto de vista lógico
y jurídico, que el
Fiscal acusador actúe
al mismo tiempo como
parte de buena fe.*

A pesar de que el presidente Caldera había indultado a Alejandro Izaguirre, la Corte Suprema de Justicia declaró su responsabilidad civil en el caso, y lo condenó a la indemnización de los daños causados al patrimonio público.

Apreciación crítica

La calificación jurídica del delito y la tergiversación

de los hechos durante la secuela del proceso

Vale la pena destacar que si bien la acusación contra Carlos Andrés Pérez se basó en la comisión de los delitos de malversación y peculado, la sentencia que puso fin al juicio, como antes señalamos, lo declaró autor responsable del delito de malversación genérica agravada, tipificado en el artículo 60 de la LOSPP y lo absolvió por el delito de peculado tipificado en el artículo 58 *ejusdem*. Ahora bien, el término malversación proviene del latín mal versatio que significa mala inversión, inversión ilícita. Lo que caracteriza la malversación es la ilegal inversión presupuestaria. La inversión de los fondos públicos se realiza en función de un destino no ajeno al servicio público y el bien jurídico tutelado tiende a asegurar que los efectos patrimoniales sean invertidos con la finalidad prevista en la Ley de Presupuesto. La malversación consiste, pues, en invertir dineros públicos en finalidades distintas a las presupuestadas pero no ajenas al servicio público mientras que el delito de peculado se configura por el aprovechamiento de fondos públicos en beneficio propio o de terceros. En doctrina, muchos autores consideran que debe eliminarse la tipificación del delito de malversación en la ley penal y quedar reducida la infracción a una falta de carácter administrativo, sobre todo en el caso de que no medie daño o entorpecimiento del servicio público. Desde luego, estas últimas consideraciones se basan, como se ha dicho, en apreciaciones doctrinarias, y lo cierto es que, mientras no se modifique la ley, la conducta antes descrita, en Venezuela, constituye un delito penado por la ley.

Es útil hacer esta precisión por cuanto el juicio contra Carlos Andrés Pérez, en un contexto de alta tensión política, fue objeto de una sobresimplificación ante los ojos de la opinión pública. Esto es, se creó una matriz de opinión según la cual Pérez se vio obligado a abandonar el poder por haberse apropiado de 250 millones de bolívares. En diversos comentarios difundidos por la prensa nacional durante

la secuela del juicio, se afirmó que este dinero, convertido en dólares a razón de catorce bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 14,50) por un dólar (US \$ 1), había engrosado sus bolsillos y sus cuentas bancarias; se dijo que con dichas sumas se habían cancelado deudas de la campaña; se hizo referencia al pago de los gastos de la “coronación”; al pago a mercenarios, etc. Al final, la distorsión de los hechos se sobrepuso a la realidad, y como se logró el objetivo propuesto de sacar a Carlos Andrés Pérez de la presidencia, nadie hoy en día parece interesarse en los hechos que sirvieron de base a la acusación del fiscal y a las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia. El caso de los 250 millones de bolívares de la partida secreta ha pasado a ser sólo el enunciado de un gran escándalo político que culminó con la destitución del presidente de la República y con el hundimiento de todo un orden de cosas que él representaba.

Lesión del derecho a la defensa

Conforme a lo dispuesto en el artículo 68 de la CN, la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la causa. El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Venezuela, prescribe que toda persona tiene derecho a ser oída en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. Y el artículo 369 del Código de Enjuiciamiento Criminal establece que se pasará al acusado copia íntegra de la querrela y de la documentación que a ella se acompañe.

No obstante la claridad de las precitadas disposiciones constitucionales y legales, la Corte Suprema de Justicia, en el contexto del antejuicio de mérito seguido en este caso, negó la expedición de la copia de la querrela y de sus documentos anexos y, además, in audita parte, en un procedimiento no contradictorio, sin permitir el derecho a la defensa, declaró que existían suficientes méritos para el enjuiciamiento de los altos funcionarios acusados, lo que lesionó flagrantemente el derecho a la defensa de los acusados, tanto más cuanto que en otros antejuicios de mérito (casos Jaime Lusinchi, Alejandro Izaguirre, José Manzo González, Antonio Ríos y José Ángel Ciliberto, entre otros) la propia Corte entregó a los acusados copia de la querrela y de la documentación respectiva.

Pues bien, es nuestro criterio que no es procedente para negar a los acusados el acceso al expediente, invocar, como lo hizo la Corte, que se estaba en la presencia no de un juicio, sino de un antejuicio. Esto no sólo por la trascendencia de lo debatido en el antejuicio a Carlos Andrés Pérez y por los precedentes en sentido contrario antes citados, sino, además, porque, como lo ha dejado establecido la propia Corte: “Las normas jurídicas que regulan el derecho a la defensa deben ser interpretadas no en forma restrictiva sino en forma extensiva, a fin de que no se corra el riesgo de menoscabarlo o vulnerarlo para acatar así el mandato constitucional que ordena mantener la inviolabilidad de la defensa en todo estado y grado del proceso [...]”.

La suspensión del presidente de la República en el ejercicio de sus funciones y la conversión de esta falta temporal en absoluta

Al día siguiente de haber declarado la Corte Suprema de Justicia el mérito para el enjuiciamiento del presidente de la República, esto es, el día 21 de mayo de 1993 el Senado, con inusual celeridad, sin informe de comisión alguna, sin oír alegatos ni argumentos, autorizó el juicio al presidente el cual, por tanto, quedó suspendido temporalmente en el ejercicio de sus funciones. Para la fecha de la suspensión senatorial, el expediente de la Corte no había sido aún remitido a las Cámaras del Congreso de la República.

Luego, en fecha 31 de agosto de 1993, el Congreso Nacional, considerando que la falta temporal determinada por la suspensión senatorial se había prolongado por más de 90 días acordó la conversión de la falta temporal en absoluta. Esto ocurrió sin que hubiera concluido el juicio contra el presidente de la República, el cual ni siquiera había llegado a la fase del plenario. El Acuerdo del Senado se produjo no obstante el dictamen emitido el 1° de junio de 1993 por la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso, en el cual se establece que la suspensión senatorial da origen a una ausencia temporal, en razón de que el presidente, al terminar el juicio que se le sigue, de resultar absuelto, puede reasumir sus funciones. En efecto, conforme a lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 370 del Código de Enjuiciamiento Criminal, declarado con lugar el enjuiciamiento “el funcionario acusado quedará de hecho en suspenso del ejercicio de su cargo mientras dure el proceso”. Por su parte, el ordinal 8° del artículo 150 de la Constitución de la República establece que “autorizado el enjuiciamiento, el Presidente de la República quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones”.

Según la normativa citada, la suspensión del presidente de la República del ejercicio de sus funciones permanece “mientras dura el proceso” y este impedimento no es definitivo sino transitorio. La suspensión es, por tanto, uno de los impedimentos que produce falta temporal del presidente de la República por mandato expreso de la Constitución. Luego, en este caso, la suspensión constituye una falta temporal que dura todo el tiempo de la sustanciación y decisión del juicio. Con base en estos argumentos, la aludida Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso Nacional concluyó que, en el caso concreto:

“Reunir a las Cámaras para que decidan si esa falta temporal se ha convertido en absoluta, es un ejercicio intelectual inútil. Mientras el juicio no concluya, el impedimento de la suspensión seguirá siendo temporal. Sólo en el caso de impedimentos que comenzaron siendo temporales pero que luego se convirtieron en definitivos, es cuando las Cámaras pueden reunirse para hacer la correspondiente calificación. Y, obviamente, el caso que analizamos no cae dentro de estas previsiones [...]”.

Contra el Acuerdo del Congreso Nacional que declaró la falta absoluta del presidente, éste introdujo por ante la Sala Político Administrativa de la Corte Supre-

ma de Justicia una acción de amparo constitucional conjuntamente con un recurso de nulidad, la cual, hasta la fecha, no ha sido resuelta lo que, en nuestro criterio, obedece a razones sólo explicables, aunque no justificables, por consideraciones de orden político indisolublemente ligadas a los hechos por los que se siguió juicio al ex presidente Pérez.

La doble condición del Fiscal en el juicio: acusador y parte de buena fe

Durante la etapa sumarial del proceso se permitió al Fiscal General de la República el acceso a las actas del expediente, siendo que en el proceso actuaba con el carácter de acusador lo que, en criterio de la defensa, excluye la objetividad requerida de la “parte de buena fe”, que debía estar representada en este juicio por los Fiscales del Ministerio Público ante la Corte y no por el mismo Fiscal General a tenor de lo dispuesto en el artículo 367 del CEC según el cual: “En los juicios de que trata el presente capítulo, y siempre que el Procurador de la Nación (actualmente Fiscal General de la República) intervenga en ellos como acusador, ejercerá el Ministerio Público el Fiscal ante la Corte conforme lo preceptúa la Constitución Nacional [...]”.

La Corte denegó los pedimentos del acusado, y sin explicar las razones que puedan hacer compatible la condición de acusador con la de parte de buena fe, declaró que el Fiscal General de la República era acusador para los efectos del antejuicio de mérito y que, en las demás actuaciones del juicio, él obraba como parte de buena fe, en un todo de acuerdo con el Código de Enjuiciamiento Criminal.

Ciertamente, parece un contrasentido desde el punto de vista lógico y jurídico, que el Fiscal acusador actúe al mismo tiempo como parte de buena fe. Para fundamentar nuestro aserto baste señalar que el Fiscal del Ministerio Público, obrando como parte de buena fe en el juicio penal, puede formular cargos o abstenerse de hacerlo, mientras que el acusador no puede dejar de formular cargos porque al obrar de esta forma estaría reconociendo no haber tenido razón para iniciar la querrela. Además, todas las actuaciones procesales que lleva a cabo el acusador están destinadas a lograr la comprobación de los hechos que sustentan su acusación. Mientras que el fiscal, parte de buena fe, ha de llevar al expediente todo lo que le parezca justo, favorezca o no al indiciado. En este sentido, el voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia, contiene importantes criterios.

La incompatibilidad recíproca de los delitos de peculado y de malversación (artículos 58 y 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público)

Como indicamos antes, el Fiscal General de la República, en fecha 11 de marzo

Es útil hacer esta precisión por cuanto el juicio contra Carlos Andrés Pérez, en un contexto de alta tensión política, fue objeto de una sobresimplificación ante los ojos de la opinión pública.

de 1993, acusó a Carlos Andrés Pérez y a los ex ministros Alejandro Izaguirre y Reinaldo Figueredo Planchart de la comisión de los delitos de malversación y peculado previstos y sancionados en los artículos 60 y 58 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público. La Corte Suprema de Justicia, en fecha 25 de mayo de 1993, declaró que había méritos para el enjuiciamiento de los mencionados ciudadanos. Se les dictó auto de detención por la comisión de estos delitos y en la sentencia que puso fin al juicio, la Corte los declaró autores responsables del delito de malversación genérica agravada y los absolvió por el delito de peculado doloso propio, por no

La veleta de la opinión pública, siempre tornadiza y cambiante, no debe erigirse en criterio inspirador de las decisiones judiciales las cuales, una vez que gozan de la autoridad de la cosa juzgada, son irreversibles.

estar demostrado en autos el cuerpo de este delito.

Ahora bien, los defensores de los procesados alegaron durante la secuela del juicio que los delitos de malversación y peculado se hallan entre sí, como resulta palmariamente de un análisis gramatical y conceptual de los respectivos tipos delictivos, en una relación de incompatibilidad recíproca en el sentido de que una misma conducta no puede subsumirse al mismo tiempo en las dos figuras toda vez que se tratará de una o de otra, pero no de la comisión de ambos. O se perpetra una malversación o un peculado, pero nunca una concurrencia (ideal o real) de las dos referida a la misma conducta.

Resulta lógico concluir que estas figuras delictivas son incompatibles entre sí y no pueden aplicarse simultáneamente a unos mismos hechos. Si la inversión o gasto de dinero público se hace en finalidades también públicas, el único precepto aplicable es el del artículo 60. Si el egreso de fondos se ha hecho en beneficio del propio funcionario custodio o de un tercero particular, el único precepto aplicable será el del artículo 58. No es posible que los mismos fondos, de una misma partida, se gasten a la vez en un fin público y en un fin particular.

Aun cuando la sentencia que puso fin al juicio absolvió a los procesados por la comisión del delito de peculado, lamentablemente omitió pronunciarse acerca de la incompatibilidad entre las figuras previstas en los artículos 58 y 60 de la citada ley. Tampoco se pronunció la Corte acerca de la existencia y tipificación legal del delito de peculado espiritual, cuya comisión imputó el Fiscal a Carlos Andrés Pérez por haber éste, supuestamente, “invertido fondos públicos en actividades que si bien, quizás, no le producirían ninguna ventaja económica, sí representaban, para su persona, una fuente productora de beneficios espirituales, los cuales le eran indispensables para alimentar y aumentar su propia estima y su ego personal, consolidándose como el pretendido e indiscutible líder y salvador de los países de Centro América [...]”.

La responsabilidad del presidente de la República como administrador supremo de la Hacienda Pública Nacional

La sentencia que puso fin al juicio sugiere que por ser el presidente de la Repú-

blica el supremo administrador de la Hacienda Pública Nacional, es responsable de los actos de administración de sus funcionarios subalternos lo que, en nuestro criterio, es disparatado y antijurídico puesto que no puede concluirse válidamente en derecho que por ser el presidente el supremo administrador de la Hacienda Pública Nacional, él responda penalmente por un hecho irregular de un funcionario subalterno.

Es un principio elemental de derecho penal que la responsabilidad penal es eminentemente personal y requiere un acto voluntario y libre del imputado (Código Penal, artículo 61). Luego, no se responde en derecho penal por el hecho de otro, salvo en los casos excepcionales de responsabilidad objetiva previstos expresamente en la Ley. Tanto más cuanto que, en el caso de marras, se trataba del delito de malversación el cual según el artículo 60 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público requiere que el sujeto activo sea un funcionario público que tenga a su cargo la administración de fondos públicos, es decir, debe tratarse de un administrador directo de determinados bienes públicos lo que no puede predicarse del presidente de la República que, en estricto derecho, no tiene a su cargo ni la administración de fondos públicos ni ejecución presupuestaria alguna. De nuevo, en el voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó hay importantes elementos de juicio sobre este punto particular.

Y por lo que respecta a la participación del presidente de la República en la rectificación presupuestaria aprobada en fecha 22 de febrero de 1989 que, según la acusación, marca el comienzo del iter criminis del delito de malversación y sobre lo cual omite pronunciarse la sentencia, habría que señalar que se trata de una actuación que se verificó conforme a lo pautado en la ley, que no debería tener relevancia penal por su vinculación remota con los hechos imputados, y porque si la tuviera, tendría que haberse seguido juicio contra todos los integrantes del Consejo de Ministros y no solamente contra el ex presidente Pérez y los ex ministros Izaguirre y Figueredo, toda vez que la decisión aprobatoria de la rectificación fue adoptada por el presidente en Consejo de Ministros y no por decisión única del presidente.

El secreto que ampara a los gastos de seguridad y defensa

Durante el juicio, Carlos Andrés Pérez se abstuvo de declarar sobre el destino e inversión de los 250 millones de bolívares de la partida secreta alegando que, en cuestiones de seguridad del Estado, el secreto es absoluto. En tal sentido adujo, que según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, los documentos de cualquier naturaleza y otras informaciones relacionadas con la seguridad y defensa de la nación, son de carácter secreto y su divulgación o suministro constituye delito conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Código Penal que sanciona como reo de delito al que indebidamente y con perjuicio de la República, revele los secretos políticos o militares concernientes a la seguridad de Venezuela. En virtud

de este secreto y de las penas que acarrea su revelación, adujo la defensa, no puede informarse sobre estos asuntos en ningún caso, ni a instancias del Congreso, ni de ningún organismo público, ni por parte de los órganos judiciales, ya que la ley no establece excepción alguna y la propia Ley Orgánica del Ministerio Público, impide, incluso al Fiscal, máximo garante de la legalidad, indagar sobre estos secretos.

La defensa adujo que de revelar el acusado en qué se invirtieron esos fondos no sólo incurriría en el delito previsto en el referido artículo 134 del Código Penal sino que, además, no tendría manera de demostrar que sus afirmaciones son veraces, porque no se conservan comprobantes de estos gastos de seguridad, que puedan dar fe del destino dado a los respectivos fondos públicos.

El Fiscal General de la República a lo largo del proceso insistió en el cuestionamiento al secreto que ampara la materia de seguridad y defensa del Estado y en que, en el caso concreto, el secreto invocado era una fórmula para encubrir actividades ilícitas en cuanto al manejo de fondos públicos, a cuyo efecto sostuvo, una y otra vez, que el presidente y los ministros debían revelar el destino de los gastos hechos, como respuesta a la averiguación penal sobre el uso de los 250 millones de bolívares de la partida secreta. En apoyo a su tesis adujo que la norma que sanciona a quien revele los secretos políticos y militares relativos a la seguridad de Venezuela está redactada en los siguientes términos: “cualquiera que *indebidamente* y con perjuicio de la República ...”. Ante el tenor de la norma, el Fiscal señaló que la ley exige una conducta indebida en el sujeto revelador del “secreto”, hipótesis no aplicable en este caso, porque no se estaba ante nada indebido, sino ante un juicio originado por las conductas dolosas de quien pretendía beneficiarse de un “secreto” improcedente. Pero, además, a tenor de la precitada disposición legal, la revelación debe hacerse con perjuicio de la República. Y, en el caso bajo juicio, el Fiscal adujo que el proceso tenía su origen en los perjuicios causados al Estado venezolano por la conducta de los acusados. Además, en su criterio resulta evidente que ninguno de los procesados tenía facultades para calificar lo que es “secreto” o no en el proceso, porque ellos son los enjuiciados, y tal poder lo tienen los jueces, quienes, en casos extremos, pueden celebrar los actos a puertas cerradas o mandar a reservar las actas que creyeran conveniente.

El Fiscal General de la República, en apoyo a su tesis, sostuvo que los “gastos secretos” del Estado no revisten carácter absoluto, sino relativo, porque dicho “secreto” debe ceder, y trocarse en publicidad, cuando la administración y el manejo de los fondos han sido objeto de cuestionamiento legal y no meramente político, dando origen al sometimiento de la situación fáctica, a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. Ello quiere decir, en criterio del Fiscal, que un funcionario público sometido a investigación por las Cámaras Legislativas, puede ser reticente y alegar el “secreto” de los gastos; pero no ocurre lo mismo cuando el asunto ha sido sometido al conocimiento de cualquier autoridad jurisdiccional competente, porque, en dicha posición, no le es dable al mismo procesado ocultar pruebas, con la

excusa de que son “secreto” de Estado porque, sencillamente, el enjuiciado no tiene esa facultad.

En todo caso, lamentablemente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que puso fin al juicio no se pronunció sobre estos aspectos. Hubiera sido muy pedagógico y ejemplarizante que el fallo hubiere dejado claramente establecido que: *a)* En un estado de derecho, no es procedente pretender el mantenimiento del “secreto” absoluto de los gastos de seguridad y defensa; *b)* Que es incierto el criterio de que las mal llamadas “partidas secretas” están exentas de todo control por la Contraloría General de la República; *c)* Que, cuando los gastos de seguridad y defensa han sido sometidos a investigación por un órgano jurisdiccional, desaparece de inmediato cualquier condición de “secreto” sobre su inversión y manejo; *d)* Que, cuando cualquier funcionario público, involucrado o no, ha sido llamado por un órgano jurisdiccional, está en la obligación de prestar su concurso, en cuanto a suministrar el conocimiento que tuviere sobre el manejo y la inversión de los dineros de la cosa pública, salvo que se hubiere acogido al precepto constitucional; *e)* Que ningún funcionario público puede ser enjuiciado por haber revelado, ante el órgano jurisdiccional competente, lo que él “cree” es un “secreto” de Estado. Tal como lo señala el voto salvado del magistrado Rafael Alfonzo Guzmán:

“El pronunciamiento omite, igualmente, toda mención orientadora acerca de si el ‘secreto’ que ampara tales gastos de seguridad y defensa no vulnera, en el ámbito de un Estado de Derecho, la potestad jurisdiccional de determinar la eventual responsabilidad jurídica del administrador de dichos fondos públicos, con el fin de evitar que tal régimen especial se transforme en un inexpugnable reducto de la impunidad [...]”.

La noción de gastos de seguridad y defensa

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia dejó claramente establecido que los gastos de seguridad y defensa podían realizarse en el exterior, siempre y cuando tuvieran relación íntima con la finalidad perseguida en defensa de la seguridad del Estado venezolano.

Esto nos parece acertado porque, como señaló en su declaración el ex presidente Ramón J. Velásquez, en la medida en que Venezuela crece en importancia, dado que los peligros que la rodean son evidentes, la acción de la seguridad y defensa tiene que ejercerse, lo mismo en el interior del Estado en forma permanente, y cada vez más creciente, en el exterior.

Sin embargo, las breves consideraciones contenidas en el fallo sobre la procedencia de los gastos de seguridad y defensa efectuados en el exterior son simplistas y carecen de todo rigor analítico. En efecto, bien sabido es que la materia de seguri-

Esta actitud contrasta con la valoración que hace la sentencia del testigo José Vicente Rangel, quien al declarar no dio razón fundada de sus dichos por cuanto manifestó que lo declarado por él se lo habían revelado “sus fuentes de información”.

dad y defensa es una materia compleja que conforma el objeto de estudio de disciplinas especializadas; que la seguridad de Estado no puede identificarse, pura y simplemente, con la tranquilidad pública, con la ausencia de desórdenes públicos o con posibles ataques a la integridad de la República. Basta hacer referencia a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa en la cual se lee que:

“Seguridad Nacional: es el grado de garantía que a través de acciones políticas, económicas, sociales y militares, un Estado puede proporcionar en forma permanente a la Nación que jurisdicciona, para la consecución y salvaguarda de

sus objetivos nacionales. Esta concepción [óigase bien] envuelve directa o indirectamente, a todas las actividades del Estado-Nación, las ligadas, de un lado, al campo político administrativo, tales como las relaciones internas, incluido aquí el mantenimiento del orden, la organización, preparación y empleo de las Fuerzas Armadas y el ordenamiento, ejecución, coordinación y aspecto normativo de las actividades interiores; así como las integrantes del campo económico-financiero, tales como la producción básica e industrial y sus factores de infraestructura, energía y transporte, el comercio, la elaboración y la ejecución presupuestaria. El control de la moneda y el crédito y por otro lado, la sustentación en el sector

externo del respeto a la soberanía y del prestigio internacional si fuese necesario por el empleo de la fuerza [...]”.

En fin, no puede predicarse que los gastos de seguridad y defensa tengan como única finalidad la preservación de nuestras fronteras. Estos gastos, como es apenas obvio, responden en la actualidad a una concepción mucho más amplia que tiene que ver con criterios de orden geopolítico y no estrictamente territoriales.

La Corte Suprema de Justicia no profundizó sobre estos aspectos, por lo que se perdió una magnífica oportunidad para la fijación de lineamientos que permitan conciliar la utilización adecuada de los fondos públicos con la consecución en el campo internacional de los objetivos políticos básicos y fundamentales del Estado venezolano.

Pero hay algo más. No parece razonable concluir, como lo hizo la Corte, que no pueda efectuarse el gasto correspondiente a la partida secreta mediante su entrega a un tercero, tratándose de una persona natural o jurídica, privada o pública y, en este último caso, independientemente de que tenga o no asignada partida secreta siempre y cuando, desde luego, el objeto del gasto sea el señalado en la respectiva solicitud de obtención de recursos para la partida secreta. De lo contrario se llegaría al absurdo de que contratar a una persona o a un grupo ajeno a la Administración Pública para la realización del gasto, es perfectamente legítimo, mientras que no lo es contratar, a tales efectos, a alguien situado en la propia Administración Pública. Por ello, no puede concluirse, en forma simplista y sin mayor análisis, que constituye malversación el solo hecho de que el ministerio que dispone de la parti-

...y el envío de una misión policial a Nicaragua en 1990, a costa de la partida secreta del Ministerio de Relaciones Interiores para brindar protección a la señora Violeta Barrios de Chamorro, presidenta de Nicaragua para esa fecha...

da secreta la gaste, total o parcialmente, mediante la entrega a otro ministerio que carezca de ella.

Tampoco puede postularse que exista una supuesta obligación del ministro de Relaciones Interiores de realizar, personal y directamente, cada una de las erogaciones a todos los destinatarios finales de los pagos efectuados con cargo a la partida secreta por cuanto esto es, en la práctica, materialmente imposible.

En nuestro criterio, es urgente que se legisle al respecto. Lamentamos que no se haya aprovechado la oportunidad de la reciente sanción y promulgación de la Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República para introducir normas y criterios tendientes a la regulación y control de la partida secreta, con el fin de precaver los innumerables abusos a que se presta el manejo de los fondos asignados a esa partida.

Falta de apreciación y valoración de los argumentos de la defensa

Al hacer estos comentarios, no sería justo omitir que la sentencia que culminó el juicio no reproduce ni mucho menos valora o aprecia, como lo ordena la ley, todos los argumentos esgrimidos por la defensa durante la audiencia del reo y el acto de informes, lo que equivale a falta de motivación del fallo si por ésta se entiende la ausencia de examen de todos y cada uno de los elementos de juicio contenidos en el expediente. En todo caso, tal como se indica en el voto salvado de la doctora Hildgard Rondón de Sansó, esto constituye una lesión del derecho a la defensa toda vez que este derecho no sólo se garantiza permitiéndose al indiciado el acceso al expediente y la posibilidad de formular sus descargos y de aportar pruebas sino también (y sobre todo) con la garantía de que el juez analizará los alegatos y confrontará las posiciones contrapuestas, sin lo cual el hecho de que el encausado haya ejercido las facultades antes indicadas, no tendría ningún sentido.

Esta actitud contrasta con la valoración que hace la sentencia del testigo José Vicente Rangel, quien al declarar no dio razón fundada de sus dichos por cuanto manifestó que lo declarado por él se lo habían revelado “sus fuentes de información”.

Al haberse procedido de esta forma, el observador objetivo e imparcial no puede menos que percibir un tratamiento desigual de las partes en el juicio lo que infringe principios básicos y fundamentales de ineludible observancia en todo proceso.

La reclamación civil

En capítulo separado del escrito de cargos, el Fiscal General de la República interpuso contra los procesados reclamación civil por daños patrimoniales a la República, a cuyo efecto demandó el pago de la cantidad de Bs. 637.562.931,02, suma ésta que corresponde a los US \$ 17.241.391,31, los intereses vencidos calculados a la tasa del uno por ciento (1%) mensual y la multa prevista en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Subsidiariamente,

demandó a los procesados por la cantidad de US \$ 10.239.836,15, correspondiente al diferencial pagado en exceso por la adquisición de US \$ 16.741.379,31, a la tasa de Bs. 37,65 por dólar, y no a la preferencial de Bs. 14,50 por dólar.

Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia señaló que la cuantía del daño no estaba demostrada y, a los fines de su determinación, ordenó la práctica de una experticia complementaria al fallo, según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. Del texto de la sentencia se desprende claramente que ella no determina la entidad del daño producido para la República.

En nuestro criterio, no era procedente en derecho ordenar la práctica de una experticia complementaria al fallo, puesto que esta figura está contemplada única y exclusivamente para la eventualidad de que esté acreditado el daño y no pueda determinarse su cuantía, *en cuyo caso debe determinarse en la sentencia de modo preciso en qué consisten los perjuicios probados que deben estimarse mediante la experticia complementaria que se ordene.*

Además, en el presente caso, es absurdo hablar de daño causado por la operación de compra-venta de divisas puesto que, conforme a los principios generales del derecho de los contratos, esta operación se perfecciona cuando las partes convienen en el precio y en el objeto del contrato (principio del consensualismo). Y en el presente caso, la compra-venta se perfeccionó cuando el tipo de cambio era de Bs. 14,50 por un dólar, sin que tenga –ni pueda tener– relevancia alguna el tipo de cambio vigente para la fecha de la liquidación de la operación. Por lo cual no puede sostenerse, jurídicamente, que por la diferencia que resulte de aplicar el tipo de cambio vigente para la fecha en que se convino en la operación y el vigente para la fecha de entrega de los US \$, se hayan ocasionado daños y perjuicios reembolsables al Fisco Nacional. Aun admitiendo, por razón del argumento, que tales perjuicios se hubieran producido, los habría experimentado el BCV, entidad a la cual correspondería reclamar su indemnización por parte de quienes ordenaron los pagos ilegales o de la República que los habría recibido en forma supuestamente ilegal y en detrimento del patrimonio del instituto emisor.

Comentario final

Por razones de brevedad no puede ser el caso formular observaciones adicionales acerca de la decisión final de la Corte Suprema de Justicia la cual, seguramente, será objeto de ulterior examen y consideración por parte de los especialistas en la materia. El tiempo, eso sí, revela que con la salida de Pérez no se conjuró la crisis. Si algo ha quedado demostrado es que durante los últimos años, la crisis política, social, económica y moral se ha agravado. Es decir, que la crisis desborda la presencia de Pérez en la jefatura del Estado y trasciende a las políticas económicas por él impulsadas.

No cabe aquí emitir un juicio sobre si Carlos Andrés Pérez fue o no un buen presidente. Su gestión queda sujeta al juicio riguroso de la historia, que dictará su

fallo implacable. Más aún, debo decir que por leve que pueda parecer el delito por el cual se condenó a Carlos Andrés Pérez –que muchos asimilan a un simple desorden administrativo– y por más que se cometa a diario por muchos funcionarios públicos, ello no es –ni puede ser– eximente de responsabilidad penal. Pero, por otro lado, también estoy convencido que se mina el sentimiento de justicia y se socavan las bases del estado de derecho cuando las sentencias son dictadas al socaire del instinto de las multitudes. La veleta de la opinión pública, siempre tornadiza y cambiante, no debe erigirse en criterio inspirador de las decisiones judiciales las cuales, una vez que gozan de la autoridad de la cosa juzgada, son irreversibles.

