

ANTEJUICIO DE MÉRITO

AUTORES:

LORENZO BUSTILLOS

GIOVANNI RIONERO

I. INTRODUCCIÓN

Iniciamos estas palabras con atención en lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución de 1999.¹ La norma en comentario prescribe el *principio de igualdad* de todos los ciudadanos ante la ley, es decir, en general, nadie – en situaciones semejantes – puede ser sujeto a un tratamiento desigual conforme lo dispuesto en el texto constitucional. Valga subrayar con ahínco que debe tratarse de situaciones semejantes, de condiciones iguales entre ciudadanos, de lo contrario, el *principio de igualdad* no entiende satisfecho su presupuesto fundamental: que en igualdad de condiciones no existan tratos diferenciados. En materia penal el *principio de igualdad* ve reflejo en lo dispuesto en el artículo 3 del Código Penal:

“Artículo 3. Todo el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana”.

¹ Dispone el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: *“Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. 3 Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas. 3. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.*

La norma transcrita alude explícitamente al *principio de territorialidad* de la ley penal; el presupuesto de la *validez espacial* de la norma – en palabras corrientes – implica que todo el que cometa un delito o falta en territorio venezolano será castigado con arreglo a las leyes internas, concordante todo ello con las implicaciones intrínsecas que supone considerar a todos en *igualdad* de condiciones ante el ordenamiento jurídico. No obstante, el propio sistema entiende excepciones. Afirma el profesor Sosa Chacín:

*“La igualdad supone el tratamiento desigual de los desiguales. La igualdad supone considerar las diferentes condiciones de las personas, pues solo son iguales los que tienen las mismas cualidades y actúan en las mismas circunstancias. El principio general en el momento de concretarse un caso específico, deberá ser aplicado con la debida ponderación y con una correcta sindéresis, precisamente, para no tratar injustamente a los desiguales”.*²

Por su parte, la doctora Da Costa Rois, en idéntica dirección acota lo siguiente:

*“Frente a esta regla de carácter general (el principio de igualdad)... se encuentra situada en otras excepciones, la protección de la función pública, la cual debe efectuarse con sometimiento pleno a la ley y el derecho, atendiendo a principios fundamentales como son los de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad al servicio de todos los ciudadanos y ciudadanas, por intermedio del Estado y sus instituciones”.*³

Pues bien, como corolario de todo lo anterior, el *principio de igualdad* supone excepciones; entre ellas, y a la luz de las conclusiones que se pretenden, interesa referir el conglomerado de personas que desempeñan determinada función pública, y en cuyo favor se estipulan determinadas prerrogativas con el único objeto de salvaguardar el orden público, el servicio colectivo y general que tales funcionarios ofrecen. La prerrogativa no obedece a la persona en sí misma considerada, sino que encuentra justificación en cuanto a la función pública y colectiva que pretende tutelar y proteger. Con extrema claridad el profesor Maier sostiene:

² Sosa Chacín, Jorge. *“Teoría general de la Ley Penal”*. 2da Edición corregida. Ediciones Liber. Caracas 2000. Página 154.

³ Artículo publicado por la Doctora Lisbeth Da Costa Rois en la reciente obra: *Ciencias Penales: Temas actuales*. Publicación de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003. Páginas 468 y 469.

“...el problema consiste en advertir cuales (sic) personas, por excepción y en razón de la función política que cumplen, según el cargo estatal que ostentan, están excluidas temporalmente, mientras mantengan su cargo, de la persecución penal... el privilegio... abarca el cargo político, con independencia de la persona individual que transitoriamente lo ejerce, a fin de proteger, precisamente, el ejercicio de esa función de interrupciones que la tornen ineficiente...”.⁴

Consecuencialmente, forzoso es concluir que se trata de una prerrogativa adjetiva establecida desentendidamente de la persona misma del investigado, que responde en exclusivo al cargo que determinado ciudadano ostenta. Entendido como condición o beneficio procesal, inherente a la función desempeñada, lógico es entender que una vez cesado el ejercicio del cargo atribuido, idénticamente cesa la prerrogativa en comentario. En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, ha concluido acertadamente que: *“El régimen del antejuicio de mérito consagrado en el ordenamiento constitucional de 1999, se traduce en un privilegio para las altas autoridades del Estado, que atiende a la necesidad de proteger la efectividad de la labor de los funcionarios públicos que ocupan cargos de relevancia dentro de su estructura, así como la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública. Privilegio que, como excepción al principio de la igualdad, se justifica sólo por la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de las políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones, infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos”*.⁵

Hasta los momentos nos hemos referido genéricamente al señalamiento de prerrogativas procesales que fungen como excepción al *principio de igualdad*. Nuevamente en palabras del profesor Sosa Chacín, y solo a modo de referencia, valga acotar:

“...se entiende por prerrogativa procesal, el privilegio que la ley le da a determinados sujetos y que consiste en la concesión de garantías procesales que revisten de mayores solemnidades y trámites el juicio penal que se puede incoar contra el sujeto que la goza, por regla general en cualquier tiempo, es decir, sin que existan normas que suspendan el ejercicio de la ley penal...”.⁶

⁴ Maier, Julio. *“Derecho Procesal Argentino”*. Tomo I. Editorial Hamurabi. Buenos Aires, 1989.

⁵ Sentencia del 12 de julio de 2000, de la Sala Plena, con ponencia del Magistrado Ivan Rincón Urdaneta.

⁶ Sosa Chacín, Jorge. *“Teoría general de la...”*. Página 158.

El artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal establece una genuina y evidente prerrogativa procesal en favor de *Altos Funcionarios Públicos*.⁷ La norma *in comento* dispone: “*Cuando para la persecución penal se requiera la previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento, el fiscal que haya conducido la investigación preliminar se dirigirá al Fiscal General de la República a los efectos de que éste ordene solicitar la declaratoria de haber lugar al enjuiciamiento. Hasta tanto decida la instancia judicial correspondiente, o cualquiera otra instancia establecida por la Constitución de la República, las de los Estados u otras leyes, no podrán realizarse contra el funcionario investigado actos que impliquen una persecución personal, salvo las excepciones establecidas en este Código...*”. En palabras propias de la doctora Da Costa Rois, se está en presencia de un mecanismo adjetivo de protección de la función pública, que surte efectos únicamente mientras dure el cargo ostentado, y que – técnicamente – responde al nombre de *Antejuicio de Mérito*.⁸

No pretenden estas palabras iniciales un examen dilatado de los antecedentes legislativos de esta polémica figura. No obstante, pese las disertaciones ulteriores, conviene concluir *ab initio* que el referido instituto procesal (entiéndase: *antejuicio de mérito*) “*es considerado, a la luz de la comunidad, como un privilegio que por vía legal de excepción al principio de igualdad, distancia al funcionario público del procedimiento ordinario, para dotarlo de un fuero adjetivo especial que distingue su enjuiciamiento, del juzgamiento del ciudadano común*”.⁹

A modo de conclusión, debe entenderse que el procedimiento especial contra *Altos Funcionarios*, caracterizado por fungir como

⁷ La naturaleza jurídica de este privilegio procesal legalmente establecido será discutida *infra* con mayor detenimiento.

⁸ Ob. Cit. Página 469. En este mismo sentido, pertinentes son las sentencias del Máximo Tribunal: Ver. Sala Constitucional, con fecha 17 de Julio de 2002, Causa Nro. 02-1006. Ponente Antonio García García; y Sala Plena, de fecha 21 de Noviembre de 2001, y 20 de diciembre de 2001, Causas Nros. 00027 y 00036 respectivamente, ambas con ponencia de Carlos Oberto Vélez.

⁹ Artículo publicado por la Doctora Lisbeth Da Costa Rois en la reciente obra: *Ciencias Penales: Temas actuales...*. Página 472. Valga en esta oportunidad, reafirmando lo todo lo anterior, algunos cometarios de la antigua Dirección General de Servicios Jurídicos del Ministerio Público, para quienes “*De acuerdo con lo enseñado por la doctrina, el antejuicio de mérito es un procedimiento especial estatuido a manera de privilegio o prerrogativa a favor de altos funcionarios del Estado y como una garantía de sus funciones...*”. Informe al Congreso de la República del Ministerio Público, 1995, Tomo I, Página 102. La jurisprudencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, se ha referido al antejuicio de mérito como un verdadero privilegio o prerrogativa a favor de altos funcionarios públicos. Ver sentencias: Sala Plena, de fechas 14-08-2002 y 21-01-2003, causa Nro. 2002-000029 y 2003-0001, con ponencias de los Magistrados Franklin Arrieché y Levis Ignacio Zerpa, respectivamente. Y de la Sala Constitucional, de fechas 17-07-2002 y 23-10-2002, causas Nro. 02-1006 y 02-1255, con ponencias de los Magistrados Delgado Ocando y Jesús E. Cabrera, respectivamente.

verdadero mecanismo de protección de la función pública, no viola ni menoscaba el *principio de igualdad*; no se impide el ejercicio de la acción penal, sino que se impone el cumplimiento de mayores formalidades que las exigidas para el procedimiento ordinario, en consonancia con las labores que desempeñan los funcionarios del Estado, relevantes, sin duda alguna, en el resguardo del interés público.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Basta examinar sumariamente las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal respecto al *Antejuicio de Mérito* para que despierten infinidad de interrogantes. Tal y como se señaló *supra*, el artículo 36 del Código Adjetivo Penal dispone:

“Cuando para la persecución penal se requiera la previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento, el fiscal que haya conducido la investigación preliminar se dirigirá al Fiscal General de la República a los efectos de que éste ordene solicitar la declaratoria de haber lugar al enjuiciamiento. Hasta tanto decida la instancia judicial correspondiente, o cualquiera otra instancia establecida por la Constitución de la República, las de los Estados u otras leyes, no podrán realizarse contra el funcionario investigado actos que impliquen una persecución personal, salvo las excepciones establecidas en este Código...”.

Más adelante, el artículo 377 *ejusdem* prescribe:

“Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de Presidente de la República o de quien haga sus veces y de los altos funcionarios del Estado, previa querrela del Fiscal General de la República”.

Tal y como se sostendrá en palabras futuras **ambas normas responden a momentos distintos del proceso**. Lo fundamental es delimitar lo dispuesto en el artículo 36 del Código Adjetivo Penal, norma que ampara implícitamente la naturaleza jurídica del *Antejuicio de Mérito*.

Antes de cualquier precisión adelantada, es imprescindible determinar el significado de lo que debe entenderse por actos de persecución. Jurídicamente hablando, *perseguir* es proceder judicialmente contra alguien. La doctora Da Costa Rois aclara oportunamente: *“... no cualquier acto que se realice reviste la entidad suficiente para dar real dinámica e inequívoco impulso persecutorio contra el imputado de autos, sólo habrá de otorgársele dicho carácter, a los actos persecutorios provenientes del órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el control de la investigación y la resolución de la acción penal, debiendo desecharse por ello, los actos de mero trámite orientados la búsqueda del conocimiento o de*

información necesaria del objeto que se persigue dentro de la actividad investigativa realizada por el Ministerio Público, los cuales no implican, en ningún momento el menoscabo de los derechos que asisten al imputado”. Y más adelante agrega: “Por ello, debe entenderse como actos de persecución personal contra el funcionario investigado, sólo aquellos que incurran en el ámbito limitador de los derechos fundamentales, mediante la solicitud del ejercicio del poder coercitivo, que acuerde medidas restrictivas de derechos, dentro de los cuales se puede citar a título de ilustración, los relativos a los derechos individuales como: la libertad e integridad personal, el libre tránsito, etc.”.¹⁰

Como corolario de lo anterior, todo acto de persecución supone obviamente un imputado individualizado. Pero ello no basta, es menester la limitación de derechos fundamentales del investigado. La simple solicitud de comparecencia como testigo¹¹ del *Alto Funcionario*, efectuada por un representante del Ministerio Público, no puede ser entendida como *acto persecutorio*.¹²

Ahora bien, el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal se encuentra ubicado en el Título I, Capítulo II, del Libro Primero, referido a los “*Obstáculos al ejercicio de la Acción Penal*”. Definitivamente su ubicación no es casual, y de uno u otro modo, funge como presupuesto ontológico, como indicio de su naturaleza jurídica. Bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal era posible discernir algunos comentarios al respecto. La extinta Corte Suprema de Justicia era del criterio siguiente:

¹⁰ Ob. Cit. Página 486.

¹¹ Nada obsta para que, previamente, antes de la solicitud de antejuicio de mérito por el Fiscal General de la República, pueda ser solicitada la comparecencia de un Alto Funcionario como testigo, siempre y cuando – y eso merece ser resaltado – no existan elementos de convicción que le acrediten la condición de imputado. Admitir lo contrario, implicaría el desconocimiento de lo prescrito en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.

¹² El tema en realidad es espinoso e inundan las dificultades para arribar a conclusiones convergentes. En principio – y ello debe fungir como verdadera conclusión – ningún Alto Funcionario (entiéndase: un funcionario público de alta investidura) puede etiquetarse o atribuírsele la condición de imputado sin antes mediar una efectiva solicitud de antejuicio de mérito. En palabras distintas, si en ocasión alguna, determinado representante del Ministerio Público entendiera que algún Alto Funcionario se haya incurrido en la comisión de un hecho punible, se vería imposibilitado de imputar cargo u hecho alguno hasta tanto no mediara pronunciamiento previo de admisibilidad del Antejuicio de Mérito. Las labores investigativas enfrentarían un obstáculo procesal conforme la investidura del funcionario público, y devendría necesariamente en la paralización de las mismas, hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia – órgano legitimado para dirimir lo planteado en tales circunstancias – (in)admitiera la solicitud previa de enjuiciamiento. No obstante, lo anterior será examinado en un apartado ulterior.

*“...el antejuicio no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios a los cuales la Ley Fundamental de la República se lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento tiene por objeto evitar a los mismos el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que sólo se tiene como fin, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá la oportunidad para acreditar su inocencia...”*¹³

De igual manera, el Ministerio Público, en 1997 sostenía con ahínco lo siguiente:

“El ejercicio de la acción penal en contra de los funcionarios públicos, como consecuencia de presuntos delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o por razón de su cargo, está sujeto, como regla general, al previo cumplimiento de particulares trámites procesales, que tienen por objeto evitar a aquellos funcionarios, el entorpecimiento producido por la apertura de causas penales, posiblemente maliciosas o infundadas”.¹⁴

Bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, y definitivamente, con mayor fundamento bajo el recién estatuido Código Orgánico Procesal Penal, la *solicitud previa de haber méritos para el enjuiciamiento de un Alto Funcionario* (entiéndase: Antejuicio de Mérito), funge como una verdadera y genuina *condición de procedibilidad*. El Ministerio Público no podría emprender actividad de persecución alguna sin antes mediar “*admisión a trámite*”,¹⁵ necesaria para iniciar, legal y válidamente, persecución penal contra el *Alto Funcionario*. En ese orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia,¹⁶ entiende que el cumplimiento de la solicitud de *antejuicio de mérito* no se basa en meras formalidades, intrascendentes e inútiles, destinadas a obstaculizar los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, sino de un presupuesto procesal de procedibilidad tendente a garantizar la incolumidad de la

¹³ Sentencia del 25 de Junio de 1992, de la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Caso: Antonio Ríos.

¹⁴ Informe al Congreso de la República del Ministerio Público, 1997, Tomo I, Página 189. Igualmente, en el mismo documento transcrito, el Ministerio Público sostiene que “*El antejuicio de mérito, es un instituto consagrado en la Constitución de la República de Venezuela, como en las diversas leyes fundamentales de los estados que la conforman, cuya finalidad es eliminar un obstáculo procesal para que el ciudadano comparezca en juicio penal, donde tendrá la oportunidad de acreditar su inocencia*”. (Subrayado nuestro).

¹⁵ Entiéndase como el auto de admisibilidad de la solicitud de *antejuicio de mérito*.

¹⁶ Entre otras, sentencias de fecha 20 de marzo de 2002, 3 de abril de 2002, 4 de julio de 2000, todas de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

función pública de ataques, a veces infundados y temerarios, por parte de personas interesadas.

Así pues, en el ordenamiento jurídico es perfectamente factible discernir ciertos impedimentos o presupuestos que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya satisfacción es imposible motorizarla. En doctrina se lo conoce como “*condiciones o requisitos de procedibilidad*”, las cuales, en palabras propias del maestro Claus Roxin: “*son circunstancias que tienen tanto peso para el proceso penal que hay que hacer depender de su concurrencia o no concurrencia la admisibilidad de todo el procedimiento*”.¹⁷ Consecuencialmente, si el proceso penal se desarrollara obviando su satisfacción, devendría su nulidad de pleno derecho, imposibilitando al juez examinar los méritos de la imputación.

En Venezuela, el juzgamiento de *Altos Funcionarios Públicos* debe satisfacer como presupuesto *sine qua non* la “*previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento*” que exige la fórmula del artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal. Polémicas discusiones han nacido respecto la voz “*enjuiciamiento*” que se emplea en la referida norma. En doctrina no existe aporte alguno sobre el particular, situación que se agrava mucho más si se toma en cuenta que el artículo 377 *ejusdem* dispone: “*Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República o de quien haga sus veces y de los altos funcionarios del Estado, previa querrela del Fiscal General de la República*”.

En líneas anteriores se sostuvo que ambas normas responden a momentos distintos del procedimiento especial. Pese la intención de abordar este particular *infra*, debe convenirse anticipadamente que la primera de las normas referidas (entiéndase: el artículo 36 del Código Adjetivo Penal) encierra un *presupuesto de procedibilidad*, un impedimento para el juzgamiento de *Altos Funcionarios* cuyo requerimiento es indispensable para el desenvolvimiento de actos persecutorios. El artículo 377 *ejusdem*, en cambio, pareciera suponer concluida la fase de investigación. Entiende un camino transitado, donde se obliga suponer satisfecho lo dispuesto en el tan comentado artículo 36. La norma en su parte *in fine* dispone: “*...previa querrela del Fiscal General de la República*”, fórmula que evidencia la intención del legislador de referirse al acto conclusivo que dispone el máximo representante del Ministerio Público (entiéndase: la acusación o querrela) para iniciar juicio o debate oral contra el imputado. Erróneamente, en criterio de quien suscribe, el Tribunal Supremo de Justicia (en jurisprudencia reciente) ha declarado inadmisibles reiterados pedimentos de *antejuicio de mérito* argumentado la

¹⁷ Roxin, Claus. “*Derecho Penal*”. Parte General. Editorial Civitas. Madrid, 1997. Página 984.

necesidad de cumplimiento de los requisitos propios de la acusación como acto conclusivo en esta fase del procedimiento, etapa ésta, en la que sólo corresponde solicitar – tal y como se sostuvo *supra* – la declaratoria de haber méritos suficientes para el enjuiciamiento (*antejuicio de mérito*) del *alto funcionario* investigado.¹⁸

El Diccionario de la Real Academia Española, a título de referencia, contempla distintas acepciones del término *juzgamiento*. Una de ellas es “*Instruir un procedimiento con las diligencias y documentar lo necesario para que se pueda determinar en juicio*”. El artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal, como obstáculo para la prosecución del proceso, responde a lo señalado *supra*¹⁹. La “*previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento*” abre camino al *Antejuicio de Mérito* del *Alto funcionario*, que responde simplemente al cumplimiento efectivo de la fase de investigación del procedimiento especial *in comento*²⁰.

¹⁸ Así lo ha sostenido el Magistrado Angulo Fontiveros, entre otros, en voto concurrente de la sentencia de fecha 16-09-2002, causa 2002-000029, al sostener que “*lo que a mi parecer procedía no era una querrela sino el solicitar la autorización para el respectivo enjuiciamiento penal y las medidas cautelares que ahora sí podían y debían ser aplicadas. En mi voto salvado emitido con ocasión de la Sentencia de esta Sala Plena de fecha 25 de Abril de 2002, expresé lo siguiente: ‘... Considero que debió ratificarse la jurisprudencia recién transcrita, de Sala Plena del 4 de julio del año 2000, bajo mi ponencia. De esta jurisprudencia conviene destacar lo siguiente: ...que la querrela fiscal debe fundarse en prueba suficiente, motivo por el cual su instauración debe ser precedida por una actividad de investigación, conducida por el Ministerio Público, durante cuyo desarrollo debe respetarse íntegramente al imputado su derecho constitucional a la defensa’. Por consiguiente, antes de la querrela debe haber una investigación. El Fiscal debe presentar con anterioridad una solicitud de que se acuerde haber lugar al enjuiciamiento y, si fuere pertinente, se acuerden eventualmente las correspondientes medidas cautelares, con el propósito de poder en el futuro dar cumplimiento al artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal”.*

¹⁹ El Magistrado Angulo Fontiveros, en voto concurrente de la sentencia de Sala Plena, de fecha 30-05-2002, causa 2002-000029, expresó: “*Esta declaratoria de ‘enjuiciamiento’ usa la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española para el término ‘enjuiciar’ que, desde el punto de vista del Derecho, significa ‘instruir un procedimiento con las diligencias y documentos necesarios para que se pueda determinar en juicio’. El uso diverso del vocablo ‘enjuiciamiento’ se demuestra porque los legisladores lo cambiaron por el de ‘persecución’ en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.*”

²⁰ El Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido: “*La Sala estima necesario dejar sentado que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado en virtud de la querrela del Fiscal General de la República y conducido por el principio del contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; que la disciplina normativa acerca del antejuicio de mérito debe ser interpretada a la luz del nuevo orden constitucional; que la querrela fiscal debe fundarse en prueba suficiente, motivo por el cual **su instauración debe ser precedida por una actividad de investigación, conducida por el Ministerio Público**, durante cuyo desarrollo debe respetarse íntegramente al imputado su derecho constitucional a la defensa, a tenor de la disposición prevista en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la forma y condiciones previstas en los*

Consecuencialmente, la investigación que motorice en lo sucesivo el Ministerio Público deberá estar precedida necesariamente por la “orden de inicio de la investigación”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 300 del Código Adjetivo Penal, norma que estipula que el Fiscal: “... *dispondrá que se practiquen todas las diligencias necesarias para hacer constar las circunstancias de que trate el artículo 283*”. Categóricamente debe entenderse que con la *orden de inicio de la investigación* se inaugura efectivamente la *fase de Antejudio o investigativa* en los casos de *altos Funcionarios*, durante la cual, se le impondrá la condición de imputado con el respeto pleno de todas las garantías y derechos que lo asisten en el novísimo esquema acusatorio vigente.

Como corolario de todo lo anterior, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia²¹, en sentencia reciente, arguye con razón lo siguiente: “*En primer lugar, considera la Sala necesario recordar que estamos en una fase previa al enjuiciamiento, por lo que en este caso el análisis debe centrarse en examinar si de los hechos señalados, así como de las pruebas aportadas por el Fiscal General de la República, así como de las defensas opuestas emergen elementos de convicción suficientes, capaces de crear presunciones serias respecto de la posible comisión de un hecho punible y respecto de la posible responsabilidad del imputado; realizándose así una precalificación jurídica de los mismos, conforme a las nociones expresadas al inicio de este fallo (Capítulo I). En segundo lugar, cabe destacar que la instrucción realizada tiene como finalidad determinar la probabilidad del delito y excluir por parte del Ministerio Público la posibilidad de una acusación aventurada o infundada. No tiene por objeto la demostración plena del delito o la certeza de que se ha cometido, por cuanto no estamos en el juicio penal propiamente dicho. Conforme a estas premisas no le está permitido a la Sala, en esta etapa previa, pronunciarse acerca de la comprobación plena del delito, ni fijar la extensión o calificación definitiva de la actuación y responsabilidad del General de División (GN) Carlos Rafael Alfonzo Martínez*”.

En cambio, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando alude a la “querrela” acusatoria que interpone el Fiscal General de la República (entiéndase: la acusación penal), refiere al acto conclusivo que deviene al término de la *Fase de Investigación* o *Fase del Antejudio* en los procedimientos contra *Altos Funcionarios*. Con la Acusación se sugiere

artículos 313 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal; y que el juicio sobre la prueba debe constituir el fundamento principal de la determinación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar al enjuiciamiento”. (Negrillas nuestras). Ver sentencias de Sala Plena de fechas 01-11-2000 y 20-12-2001 y 21-11-2002, causas Nros. 1140, 2001-000027 y 2001-00026, con ponencias de los Magistrados Delgado Ocando, la primera, y Oberto Vélez las dos restantes.

²¹ Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de mayo de 2003, con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa.

la necesidad de juzgar y determinar la responsabilidad penal del imputado.

En conclusión, de haber mérito para instruir (investigar) un procedimiento contra un *Alto Funcionario*, se entiende satisfecho el impedimento procesal del artículo 36, despejando todo obstáculo para que el Ministerio Público pueda ejercer efectiva y plenamente la acción penal.

Lo anterior desvirtúa criterios confusos defendidos en doctrina y jurisprudencia reciente. La profesora María Trinidad Silva de Vilela, en criterio de quienes suscriben, sostiene erróneamente:

*“Con la adopción del nuevo sistema procesal penal y la promulgación del COPP, cambió totalmente la naturaleza del llamado antejuicio de mérito, no se trata como ocurría en el ordenamiento legal anterior, de un enjuiciamiento previo que tenía por objeto autorizar el inicio de un procedimiento en contra del imputado. El procedimiento especial previsto por el COPP corresponde a una etapa del proceso penal cuya tramitación se verifica ante el órgano jurisdiccional de más alta jerarquía del país y en el cual el legitimado para ejercer la acción penal es el propio Fiscal General de la República. De forma que cuando el Tribunal Supremo autoriza el enjuiciamiento del funcionario, su actuación equivale al auto de apertura a juicio que dicta en un procedimiento ordinario el juez de control”.*²²

Más adelante agrega la misma autora:

“El procedimiento especial previsto en estos casos por el COPP, no es más que la misma tramitación de la fase intermedia del proceso, sólo que en este caso, quien ejerce las funciones de tribunal de control es el Tribunal Supremo de Justicia y quien representa al Ministerio Público es el Fiscal General de la República.

Si examinamos detenidamente el trámite procesal en ambos casos, observaremos que tienen la misma naturaleza y la misma finalidad, persiguen el mismo objetivo, determinar si existen suficientes elementos que fundamenten el pase a juicio del imputado, solo que los actores en el procedimiento especial, aparecen como especialmente calificados, en razón de la alta investidura del ciudadano que se encuentra señalado como autor o partícipe del delito...

Por otra parte, cuando hoy hablamos de juicio, hablamos de una de las etapas del proceso, no nos referimos al proceso en su totalidad, por ello la decisión del Tribunal Supremo no es una autorización para continuar investigando al imputado. Cuando

²² “Algunos aspectos en la evaluación de la aplicación del COPP”. Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001. Página 200.

declara que hay lugar para el enjuiciamiento, lo que procede precisamente es pasar al juicio".²³

La profesora Silva de Vilela yerra en sus conclusiones. Pero no sólo en doctrina es visible la confusión denunciada; el Tribunal Supremo de Justicia,²⁴ lo mismo que el Ministerio Público, han confundido reiteradamente la *solicitud de antejuicio de mérito* (entiéndase: Presupuesto de procedibilidad para iniciar la persecución penal contra *altos funcionarios*), con la *querrela* a la que alude el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta última – tal y como quedo esclarecido en todo este apartado – únicamente presupone el acto conclusivo de *acusación* que puede solicitar el máximo representante del Ministerio Público cuando concluye la *fase de investigación* o *fase de antejuicio* en el caso de los altos funcionarios. Consecuencialmente, como corolario de todo lo anterior, **se ha venido aplicando erróneamente a la “solicitud de antejuicio de mérito” las normas que refugian el procedimiento especial previsto en los artículos 377 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal**, dirigido exclusivamente al trámite sucesivo a la presentación del *acto conclusivo de querrela* (acusación) por el Fiscal General de la República.²⁵

La persistencia en confundir la “*solicitud de antejuicio*” con la “*querrela*” como acto conclusivo, consentiría el supuesto de dictar un sobreseimiento sin existir previamente una fase de investigación sobre los hechos objeto del proceso.

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

En principio, corresponde al Fiscal General de la República solicitar la previa declaratoria de haber méritos suficientes para el

²³ Ob. Cit. Páginas 201 y 202.

²⁴ Como se evidencia en las sentencias del Máximo Tribunal en los casos del Luis Miquilena y en el caso de los militares incursos en el supuesto *delito de rebelión* por los hechos ocurridos el 11 de abril de 2002.

²⁵ Debe tenerse totalmente claro que una vez presentado el *acto conclusivo de querrela*, conforme lo establecido en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, deben transcurrir 5 días para la celebración de la *audiencia* prevista en el artículo 379 *ejusdem*, donde el Tribunal Supremo de Justicia, examinando cada uno de los alegatos esgrimidos por las partes, declarará si hay o no mérito para el enjuiciamiento del *Alto Funcionario*. La *audiencia* a la que hace referencia la última norma referida se equipara a la *audiencia preliminar* propia del *procedimiento ordinario*. De igual modo, cuando el Máximo Tribunal declara que hay méritos suficientes para el enjuiciamiento, su pronunciamiento equivale a la admisión del *acto conclusivo de acusación* realizada por el Juez de Control el finalizar la *audiencia preliminar* en los delitos cometidos por personas distintas a *altos funcionarios*. Seguidamente a dicho pronunciamiento, el paso a seguir es el dictado del *Auto de Apertura a Juicio* por parte de la Sala Plena.

enjuiciamiento de un *alto funcionario*. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal:

“Artículo 36. Juzgamiento de altos funcionarios. Cuando para la persecución penal se requiera la previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento, el fiscal que haya conducido la investigación preliminar se dirigirá al Fiscal General de la República a los efectos de que éste ordene solicitar la declaratoria de haber lugar al enjuiciamiento. Hasta tanto decida la instancia judicial correspondiente, o cualquiera otra instancia establecida por la Constitución de la República, las de los Estados u otras leyes, no podrán realizarse contra el funcionario investigado actos que impliquen una persecución personal, salvo las excepciones establecidas en este Código.

*La regulación prevista en este artículo no impide la continuación del procedimiento respecto a los otros imputados”.*²⁶

No obstante, sentencia reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 20 de junio de 2002, número 1.331, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, relacionada con la naturaleza del *antejuicio de mérito*,²⁷ faculta a la víctima solicitar *motu proprio* el antejuicio de mérito a que hace referencia el artículo 36 del Código Adjetivo Penal. La decisión parte de las siguientes premisas:

“El artículo 26 de la Constitución expresa que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, y a la tutela efectiva de los mismos...

Los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional no señalan a quién corresponde la solicitud de antejuicio, y el artículo 285 eiusdem no se lo atribuye al Fiscal General de la República, por lo que ante el silencio de la ley y debido a la accesibilidad directa a la justicia, tal petición debe corresponder a quien, según el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, sea víctima (ya que el antejuicio no atiende a una acción popular).

Sin embargo, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal exige que el antejuicio de mérito proceda previa querrela del Fiscal General de la República.

²⁶ La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20 de diciembre de 2001, acota con extremo ahínco: “... la solicitud de antejuicio... es de la soberana potestad del Fiscal General de la República...”. La sentencia comentada dedica un examen particular sobre la posibilidad de la víctima de interponer por sí misma la solicitud de antejuicio de mérito. No obstante, ello será examinado *infra* con mayor detalle.

²⁷ La sentencia aporta valiosos comentarios sobre el ejercicio de la acción penal; no obstante, merece, de igual modo, algunas observaciones que serán explanadas ulteriormente con el merecido detenimiento.

Dicha norma puede ser entendida en el sentido de que sólo corresponde al Fiscal incoar el antejuicio de mérito, pero si ella fuera así, el Código Orgánico Procesal Penal –que es preconstitucional- estaría limitando a la Constitución, que no contempló que el planteamiento del antejuicio correspondiera exclusivamente al Fiscal General de la República.”²⁸

Seguidamente, entiende la decisión, que si la víctima, como sujeto procesal, puede querellarse e intervenir en el proceso penal ordinario, resulta incongruente – contradictorio – que no pueda solicitar por sí misma el *antejuicio de mérito* que cobija el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal (entiéndase: presupuesto de procedibilidad previo a la fase de antejuicio). Comparte esta Dirección lo anterior, más aún cuando conforme el novísimo esquema procesal penal vigente, la víctima ocupa privilegiada posición.²⁹ La sentencia no vacila en afirmar lo siguiente: “*De allí que, para la Sala, aquél que tenga la condición de víctima podrá **solicitar el antejuicio de mérito** para las personas que gozan de tal privilegio, con independencia del Ministerio Público, que será notificado de la petición de antejuicio y de su apertura para que se haga parte, si lo estima conveniente”.* (Subrayado nuestro).

Lo anterior pareciera no dejar espacio a duda: *la víctima está perfectamente legitimada para solicitar el antejuicio de mérito*. Así pues, en los delitos de *acción pública*, la condición de procedibilidad que dispone el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal, no es atribución única del Fiscal General de la República, sino que la víctima, como sujeto afectado directamente por la comisión del hecho punible, podría perfectamente solicitar la declaratoria de haber méritos suficiente para el enjuiciamiento de un funcionario público con alta investidura. Ello, sin embargo, contraría jurisprudencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; en efecto, en sentencia del 20 de diciembre de 2001 (entre muchas otras) se sostuvo lo siguiente:

²⁸ El artículo 266 constitucional prescribe: “*Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: ...2. Declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva. 3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, su fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva”.*

²⁹ Los *derechos de la víctima* y las garantías que la asisten en el sistema acusatorio vigente son palpables conforme lo establecido en el artículo 120 del Código Orgánico Procesal Penal.

“... la solicitud de antejuicio... es soberana potestad del Fiscal General de la República... uno de los requisitos de procedibilidad de la solicitud de antejuicio de mérito, es que el mismo sea planteado mediante querrela acusatoria ante el Fiscal General de la República. Es ésta – la Fiscalía General de la República – la única instancia ante quien debe proponerse, estimando esta Sala que independientemente de la naturaleza del delito, bien sea de acción pública o de acción privada, es inevitable acudir a la instancia de la Fiscalía General...”.

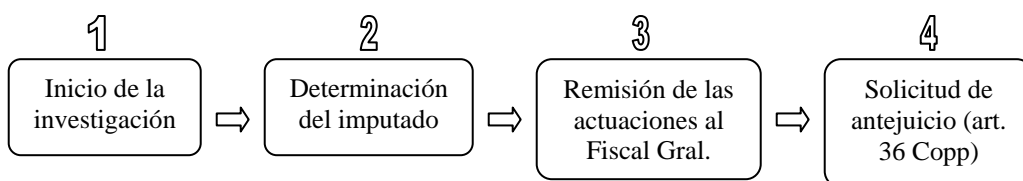
Consecuencialmente, sobre la base de lo establecido por la Sala Constitucional (ver sentencia del 20-6-02), y con atención a la interpretación que el Tribunal Supremo de Justicia atribuye al artículo 26 de la Carta Magna, ya no es tolerable sostener que la *solicitud de antejuicio de mérito* – en el caso de ser la víctima la parte interesada en motorizar la acción penal – debe ser planteada mediante *querrela acusatoria* ante el Fiscal General de la República. La referida decisión parece claramente escindir lo que debe entenderse por *solicitud de antejuicio de mérito* de la *querrela acusatoria* propiamente dicha; ésta última funge como verdadero acto conclusivo del proceso penal, potestad única del Fiscal General de la República, de conformidad con lo prescrito en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal. La decisión de Sala Constitucional establece lo siguiente: *“Si la víctima pide el antejuicio, ella será quien aporte las pruebas, que hagan verosímil los hechos imputados...”*. Reitera esta Dirección que la petición o solicitud de antejuicio a la que se hace referencia *supra*, responde al mismo *presupuesto de procedibilidad* que exige el artículo 36 del Código Adjetivo Penal. En efecto, la víctima se encuentra plenamente facultada para solicitar el antejuicio de mérito, petición que de ser acordada por el Tribunal Supremo de Justicia, permitiría al Ministerio Público, como institución directora de la investigación penal, iniciar válida y legítimamente los actos persecutorios contra el imputado.

No obstante, la decisión *in comento* yerra cuando establece: *“Corresponderá al Ministerio Público, con base en lo que investigue, la proposición formal del antejuicio de mérito o los demás actos conclusivos del proceso penal establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, y la Sala Plena obrará como juez que resolverá lo conducente...”*. Lo anterior es susceptible de justificadas reservas. Valga cuestionarse: ¿Por qué entiende el Tribunal Supremo de Justicia que es menester la solicitud formal del antejuicio de mérito, cuando ya hubo una petición previa de la víctima al respecto?. Una vez concluida la fase de investigación o fase de *antejuicio* – cuya apertura es producto de la solicitud que realiza la víctima inicialmente – lo único dado al Fiscal General de la República es

interponer el correspondiente acto conclusivo de la investigación. En efecto, lo pertinente en esta fase es decretar el *archivo* de las actuaciones; solicitar el *sobreseimiento* de la causa; o proponer formalmente la *acusación* como acto de imputación de los hechos criminales. Una vez que la víctima solicita *antejuicio de mérito* contra el *alto funcionario*, y el Tribunal Supremo de Justicia dicta la correspondiente “*admisión a trámite*”, se materializa la apertura de la *fase de investigación*, y con ella la plena facultad del Ministerio Público de ordenar actos persecutorios contra el imputado; De allí en adelante es completamente innecesaria la *solicitud formal de antejuicio* en cabeza del Fiscal General de la República. Sostener lo contrario permitiría consentir, que una vez concluida la fase de investigación, con respeto de los derechos y garantías que asisten al imputado en el proceso y recabados los elementos de convicción que sustentarían los hechos imputados y su eventual responsabilidad en la comisión de los mismos, fuese – absurdamente – necesario solicitar de nuevo la declaratoria de haber mérito suficiente para el enjuiciamiento a que se refiere el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal. Y ello no es todo, tolerar lo anterior desnaturaliza la participación de la víctima en este procedimiento especial; en definitiva, la única manera de proceder contra un *alto funcionario* dependería de la solicitud de antejuicio que propusiera exclusivamente el Fiscal General de la República. La solicitud previa de antejuicio formulada por la víctima fungiría como una verdadera formalidad innecesaria, sin consecuencias prácticas ni reales en el procedimiento penal especial en examen.

Con el objeto de ilustrar lo anterior, esta Dirección propone el siguiente esquema, donde se exponen claramente las conclusiones arribadas por la Sala Constitucional en sentencia del 20-6-2002³⁰:

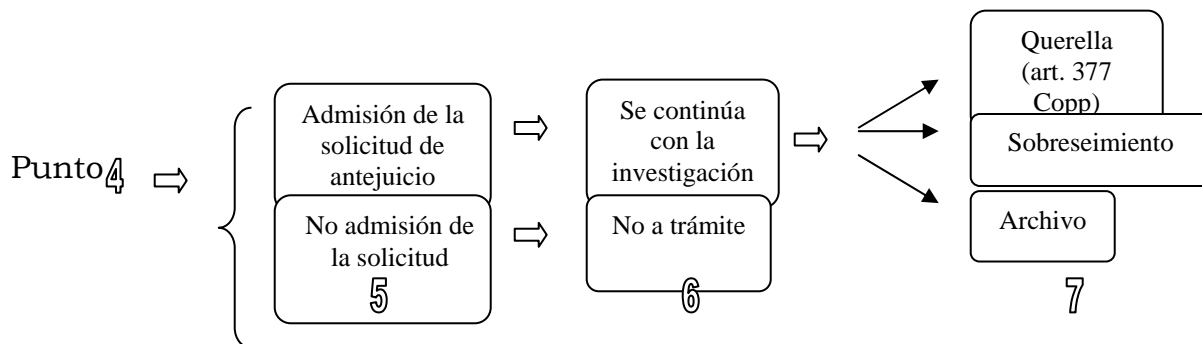
Ministerio Público (esquema Nro. 1):



El punto “1” está referido al inicio de la investigación sin que se haya efectuado imputación alguna contra *alto funcionario*, donde el fiscal del Ministerio Público ordenará la practica de cualquier diligencia tendiente a investigar y hacer constar la comisión del hecho. El punto “2”

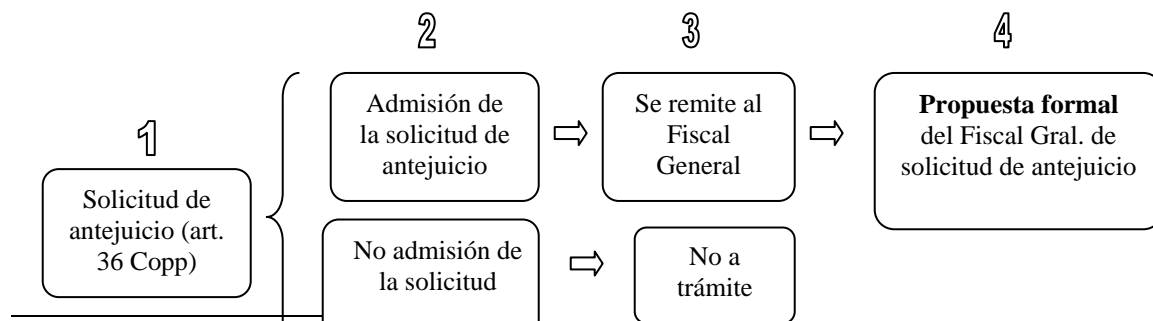
³⁰ Se reitera que el esquema propuesto atiende únicamente a las conclusiones de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20-6-2002, sin perjuicio de las observaciones planteadas en líneas anteriores.

vincula la imputación del delito investigado contra algún *alto funcionario* – sujeto beneficiado por el privilegio de antejuicio de mérito – lo cual, trae como consecuencia, según lo señalado en el punto “3”, la remisión de las actuaciones al Fiscal General de la República, sin la posibilidad de realizar actividad de investigación alguna. Dicha remisión obedece a que es el Fiscal General de la República el funcionario legitimado para solicitar el “enjuiciamiento”³¹ del alto funcionario y en este sentido debe entenderse el punto “4”.



Luego de cumplido el punto “4”, la Sala Plena declarará la admisión o no de la solicitud del Fiscal General (punto “5”). En caso de admitirse, el Ministerio Público continuará con la investigación, ahora con un alto funcionario identificado como imputado, y es en este momento cuando se le podrá tomar declaración con las debidas garantías y derechos que le asisten en el proceso penal, así como solicitar o acordar actos de persecución personal en su contra (punto “6”), para que finalmente, y con fundamento en las fuentes de prueba recogidas durante la fase de investigación, se presente el acto conclusivo que corresponda (punto “7”).

Víctima (esquema Nro. 2):



³¹ Como ya se apuntó anteriormente, la palabra “enjuiciamiento” señalada en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal, está referida a “instruir un procedimiento con las diligencias y documentos necesarios para que se pueda determinar en juicio” y no a la solicitud de someter al alto funcionario al debate público (artículo 377 Código Orgánico Procesal Penal).

El anterior gráfico supone lo siguiente: El punto “1” responde a la solicitud de antejuicio efectuada directamente por la víctima del delito ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Ante dicha solicitud la Sala Plena verificará dos aspectos: el primero, relacionado con la cualidad de víctima del solicitante; y el segundo, respecto a la verosimilitud de los hechos imputados³² (punto “2”). De cumplir la solicitud con los mencionados requisitos, el Tribunal Supremo de Justicia admitirá su trámite y remitirá las actuaciones al Fiscal General de la República (punto “3”), a los fines de que éste proponga formalmente la solicitud de antejuicio (punto “4”)³³. Luego se procederá – absurdamente, según criterio de esta Dirección – conforme lo señalado en el punto “4” del esquema Nro. 1.

IV. FASE DE INVESTIGACIÓN Y ACTIVIDAD PROBATORIA

En líneas anteriores convenimos en que el significado de la voz “enjuiciamiento” se emplea de distinto modo en los artículos 36 y 377 del Código Orgánico Procesal Penal. El primero de ellos prescribe una verdadera condición de procedibilidad, obstáculo del ejercicio de la acción penal en los supuestos de altos funcionarios. Una vez satisfecha la solicitud de *antejuicio* que dispone el artículo 36 *ejusdem*, deviene en la autorización del Tribunal Supremo de Justicia para que el Ministerio Público continúe con las labores de investigación, pero esta vez, contra un alto funcionario calificado como imputado; el segundo, responde a la consecuencia que deviene de la interposición de la querrela (entiéndase: acusación) por parte del Fiscal General de la República, la cual, de ser admitida, presupone la apertura de la fase de juicio, del debate oral y público.

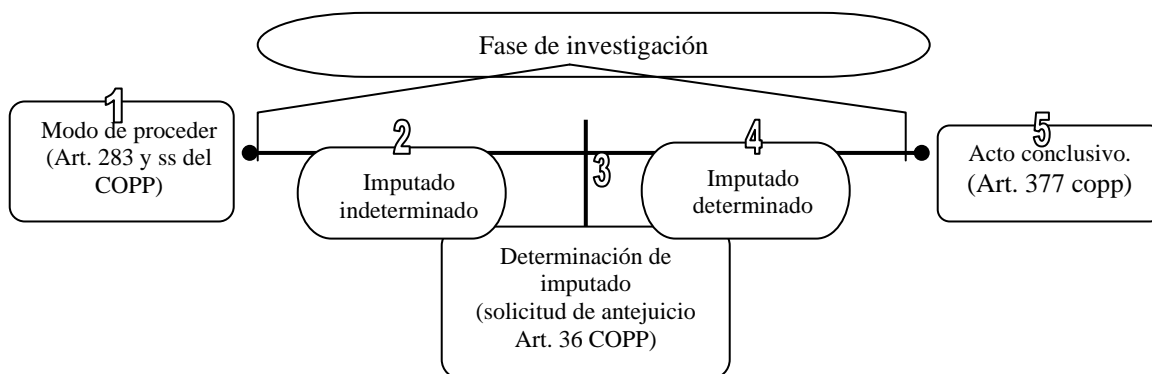
Como corolario de lo anterior, imperioso es concluir que la interposición de la querrela por el Fiscal General de la República (artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal) supone la conclusión de la *fase de investigación* o *fase de antejuicio* en los casos de altos funcionarios.

Ahora bien, corresponde en este apartado precisar el desarrollo de la fase de investigación en el procedimiento especial *in comento*; para ello, se propone el siguiente esquema que, de uno u otro modo, sintetiza el recorrido lógico de esta etapa del proceso:

³² Sobre este aspecto se abundará con detalle más adelante.

³³ Tanto la solicitud de la víctima referida en el punto “1”, como la propuesta formal por parte del Fiscal General de la República del punto “4”, se refieren a la solicitud de enjuiciamiento dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.

Esquema Nro. 3



Tal y como se precisa en el primer punto (punto “1”), toda investigación penal puede iniciarse conforme tres modos de proceder: por *denuncia*; *querrela* o de *oficio* (*notitia criminis*) por iniciativa de los órganos encargados de la investigación penal. En cualquiera de estos casos, el representante del Ministerio Público dictará la correspondiente *orden de inicio de la investigación* y ordenará la práctica de todas las diligencias que considere pertinentes a los efectos de precisar la ubicación, identificación y preservación de las *fuentes de prueba*.³⁴ Es preciso advertir que en esta primera fase de la investigación no se cuenta con un alto funcionario identificado como imputado, y precisamente tal calificación, es la que escinde – conforme el esquema propuesto – la *fase de investigación* en tres segmentos, a saber: el primero, respecto a la investigación dirigida por el Ministerio Público sin un imputado determinado (punto “2”);³⁵ luego, la

³⁴ El maestro Manuel Miranda Estrampes señala acertadamente: “*Las fuentes de prueba son elementos de la realidad, que existen con independencia del proceso y son anteriores al mismo. Se trata de un concepto metajurídico o extrajurídico que solamente producirá consecuencias jurídicas cuando el proceso se inicie. Por el contrario, los medios de prueba únicamente existen en el proceso, su nacimiento depende del nacimiento del propio proceso, y consisten en la actividad procesal que es preciso desplegar para incorporar la fuente al proceso*”. Miranda Estrampes, Manuel. “*La mínima actividad probatoria en el proceso penal*”. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España. 1997. Páginas 133 y 134. Como corolario de lo anterior, imperioso es concluir que todo *medio de prueba* funge como el mecanismo idóneo para trasladar las *fuentes de prueba* al proceso. Pero no solo eso, las disertaciones anteriores ayudan a diferenciar los *actos de investigación* de los *actos de prueba*. En efecto, la fase de *instrucción* o *investigación* tiende a un único propósito: encontrar las *fuentes de prueba* suficientes para que puedan ser aportadas ulteriormente por las partes en el proceso. Los *actos de prueba* suponen el traslado efectivo de los elementos de convicción al proceso, y fungen como mecanismos idóneos para manifestar su relevancia en el mismo.

³⁵ Obviamente, en el supuesto planteado, el imputado debe ostentar la condición de *alto funcionario*; de lo contrario, de contarse con cualquier otro sujeto imputado como autor o participe en la comisión de un delito, desprotegido del privilegio de *antejuicio de mérito*, la investigación se desenvolverá normalmente. Es la condición de imputado del alto funcionario la que trae como consecuencia la obligación de acudir ante el Fiscal General de la República a los fines previstos en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.

solicitud de *antejuicio de mérito* por existir suficientes *elementos de convicción* que hagan verosímil la participación del alto funcionario en la comisión del delito (punto “3”); y finalmente, la continuación de la investigación en contra del alto funcionario luego de haber acordado la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la continuación del trámite –entiéndase: *admisión a trámite* – (punto “4”). Finalizada la investigación, el Fiscal General de la República, interpondrá la respectiva querrela a la que hace alusión el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal (punto “5”). Valga detenerse en cada fase por separado:

A) Fase de investigación sin imputado determinado

Esta primera fase de la investigación parece no acarrear mayores inconvenientes. No obstante, es imprescindible advertir, que si durante esta fase, el Fiscal que dirige la investigación logra recabar fundados *elementos de convicción*³⁶ que señalen de manera concreta a un alto funcionario como autor o participe en los hechos investigados, se impone el deber de remitir las actuaciones al Fiscal General de la República con el objeto de dar cumplimiento a la solicitud de *antejuicio de mérito* que impone lo dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.

El Fiscal que dirigió inicialmente la investigación – y por supuesto el Fiscal General de la República – se verán imposibilitados de ordenar o solicitar la práctica de diligencias de investigación que impliquen la persecución personal del alto funcionario,³⁷ hasta tanto la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia acuerde la *admisión a trámite* del *antejuicio* y, en consecuencia, la continuación de la investigación. En esa misma línea, una vez recibidas las actuaciones por el Fiscal General de la República, éste podrá solicitar el referido *antejuicio de mérito*, y una vez acordado, continuará la práctica de las pesquisas necesarias, y el ejercicio pleno de cualesquiera *actos de persecución* requeridos por el Ministerio Público.

³⁶ Sobre los cuales ahondaremos en un capítulo aparte.

³⁷ Valga remitir nuevamente al tan comentado artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal; asimismo, conviene citar lo sostenido por el Magistrado Angulo Fontiveros, para quien: “*El Fiscal debe presentar con anterioridad una solicitud de que se acuerde haber lugar al enjuiciamiento y, si fuere pertinente, se acuerden eventualmente las correspondientes medidas cautelares, con el propósito de poder en el futuro dar cumplimiento al artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal... De manera que la solicitud que debe formular la Fiscalía para el enjuiciamiento de los altos funcionarios, es una simple petición formal para poder iniciar, legal y válidamente, la instrucción de un procedimiento penal contra tales funcionarios. Esa petición formal es, además, un requisito de procedibilidad para intentar después la eventual acusación, esto es, el acto al cual se refiere el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal. Una vez cumplido ese requisito de procedibilidad, será permitido legalmente realizar contra los funcionarios investigados los actos que suponen una “persecución personal”.* (Voto Salvado de la sentencia de Sala Plena, de abril de 2002, con ponencia de Rafael Pérez Perdomo. Causa 2002-00018).

B) Imputación

Durante el desenvolvimiento de la fase de investigación, el representante del Ministerio Público podrá toparse con la presencia de un *alto funcionario* vinculado con los hechos objeto de la investigación.³⁸ No obstante, en criterio de esta Dirección, ello no es óbice alguno para realizar las actividades propias de la investigación, pues hasta tanto el referido funcionario no sea calificado como imputado, la misma podrá desarrollarse con total y plena normalidad.³⁹

Ahora bien, neurálgico es dilucidar el momento en que el *alto funcionario* debe ser considerado como imputado. La consecuencia de lo anterior ya es conocida: la remisión de las actuaciones al Fiscal General de la República para la previa solicitud de *antejuicio de mérito*. Pero cabe la interrogante: ¿En qué momento el funcionario debe ser estimado como imputado durante el desarrollo de la investigación?

Esta Dirección es del criterio de la no necesidad de un acto formal – concreto o directo – emanado del Ministerio Público que atribuya a determinado sujeto la comisión de un hecho punible, pues la imputación viene dada por un *acto de procedimiento* que señale a una persona como autora o participe de un delito⁴⁰. Así pues, el Tribunal Supremo de Justicia⁴¹ ha sostenido que la imputación puede configurarse conforme los siguientes criterios:

1. Por la práctica de diligencias concretas dirigidas en contra de un sujeto individualizado⁴².
2. Por la interposición de una querrela.
3. Por la práctica de actos de investigación que de manera inequívoca señalan a un sujeto como autor o partícipe de un delito.

³⁸ Ese *alto funcionario* gozará del privilegio (*presupuesto de procedibilidad*) que ampara el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal (entiéndase: *Antejuicio de Mérito*).

³⁹ Sostiene el autor Alex Carocca, que un sujeto, en un estadio anterior al de la imputación, es decir, que ostente la condición de “*sospechoso o indiciado*”, que de algún modo toma conocimiento de los indicios que se dirigen en su contra, no se le puede negar la posibilidad de intervenir en el juicio, es decir, ejercer su *derecho a la defensa*. Carocca Pérez, Alex. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. J.M. Bosch Editor, Barcelona. 1998.

⁴⁰ Ver artículo 124 del Código Orgánico Procesal Penal.

⁴¹ Ver sentencias de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: La primera de ellas, con fecha 17 de julio de 2002, causa Nro. 02-1255, con ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera; Sentencia del 17-12-2002, causa Nro. 02-2502, con ponencia del Magistrado Antonio García; y sentencia del 03-08-2001, causa Nro. 002929, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz.

⁴² Lo contrario a una denuncia donde se mencionen a varios sujetos pero aún la investigación sea generalizada.

4. Cuando existan diligencias concretas que señalen a un sujeto en la comisión de un hecho punible de igual naturaleza que el denunciado, a pesar de que aún se estén investigando⁴³.

Ahora bien, esta Dirección entiende imprescindible acotar que el Ministerio Público no deberá esperar tener plena certeza de que un alto funcionario tiene responsabilidad en la comisión de un hecho punible, pues lo realmente relevante en este estadio de la investigación, es que la comisión del delito esté demostrada y exista verosimilitud⁴⁴ sobre la participación del alto funcionario en los hechos objeto del proceso,⁴⁵ pues no es dable al representante del Ministerio Público realizar actos concretos de investigación en contra del aforado y mucho menos ordenar pesquisas que comprendan *persecución personal*; en otras palabras, el Ministerio Público no podrá tomar declaración del *alto funcionario* como imputado, solicitar un allanamiento o interceptación de sus comunicaciones, entre otras,⁴⁶ debido a que estos son actos que lo calificarían inequívocamente como imputado y en esa situación debe privar la solicitud de *antejuicio de mérito*.

En líneas anteriores, esta Dirección dejó por sentado que no pueden ordenarse actos susceptibles de ser considerados como persecutorios contra un Alto Funcionario durante la etapa que hemos denominado “*fase de investigación sin imputado determinado*”. En armonía con todo lo expuesto *supra*, la declaración del investigado puede ser considerada – de igual manera – como un acto de *persecución personal*, en consecuencia, esta Dirección es del criterio – con apego a lo sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia – que no es posible solicitar la comparecencia de un Alto Funcionario por orden de un representante del Ministerio Público hasta tanto no se haya satisfecho el

⁴³ Sobre este punto ha profundizado la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, al sostener reiteradamente, que si con ocasión de dichas diligencias concretas, el investigado solicita al Ministerio Público conocer los hechos, la negativa del Fiscal de notificarlos, escudándose en que se está ante una investigación, sería una forma tácita de reconocer la imputación, y más aún, al no responder concreta y definidamente sobre la condición de cualquier persona respecto a una investigación, para la Sala Constitucional será considerado como imputado. (Ver sentencia ya citada de la Sala Constitucional, causa N° 02-3110 del 11 de junio 2003).

⁴⁴ Sobre la *verosimilitud* de la participación abundaremos más adelante.

⁴⁵ Alex Carocca, en su obra ya citada, y refiriéndose a la doctrina del Tribunal Constitucional Español, señala que será el titular del órgano instructor quien deberá ponderar, por ejemplo, si el dicho de un testigo es más o menos fundado o, por el contrario, manifiestamente infundado, inverosímil o imposible en su contenido. Será él quien inicialmente estudiará la posibilidad de la atribución de los hechos delictivos, y si considera que existe una sospecha cierta de su implicación en el delito, deberá considerarlo como imputado.

⁴⁶ Pues ello corresponde sólo al Fiscal General de la República una vez acordado el trámite para continuar con la investigación en contra del alto funcionario (artículo 36 Código Orgánico Procesal Penal).

requisito de procedibilidad dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal; sin embargo, valga sostener que lo anterior no constituye óbice alguno para que el Alto Funcionario pueda ser entrevistado en calidad de testigo durante esta fase inicial de la investigación.⁴⁷ Reitera esta Dirección que lo anterior es ratificado por el Máximo Tribunal en jurisprudencia reciente:

“...esta Sala advierte, que prima facie las actuaciones desplegadas por la FISCALÍA GENERAL DE LA FUERZA ARMADA NACIONAL y por otros órganos judiciales y administrativos, en el procedimiento seguido en sede de la justicia penal militar, contra el ciudadano General de División del Ejército ROMEL JOSÉ FUENMAYOR LEÓN, con prescindencia total y absoluta de la exigencia establecida en el artículo 266, numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, evidencian la violación de una prerrogativa constitucional que el Texto Fundamental atribuye a los altos funcionarios del Estado, entre éstos, los oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional, consistente en la previa declaratoria del Supremo Tribunal sobre la existencia de mérito o no para el enjuiciamiento de los mismos”.

Y más adelante, la Sala ordena:

*“...oficiar al Fiscal General de la Fuerza Armada Nacional para que se abstenga de citar, con carácter de imputado, al ciudadano General de División ROMEL JOSÉ FUENMAYOR LEÓN, así como a cualquier oficial general y almirante de la Fuerza Armada Nacional, que goza del privilegio procesal a que se refiere el artículo 266, numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y menos aún, emplazarlos bajo apercibimiento de arresto u otros actos o medidas de coerción personal que impliquen también una persecución personal, sin que por parte de este Tribunal Supremo de Justicia hubiera previa declaratoria de haber mérito para el enjuiciamiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal”.*⁴⁸

C) Fase de investigación con imputado determinado

⁴⁷ Siempre y cuando no existan elementos de convicción que hagan verosímiles los hechos objeto de la investigación y la vinculación del Alto Funcionario con la comisión del hecho punible, como ya ha sido expuesto en líneas anteriores.

⁴⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14-05-2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García, causa Nro. 02-1006.

Una vez recibidas las actuaciones, el Fiscal General de la República se encontrará plenamente facultado para solicitar el *antejuicio de mérito* contra un *alto funcionario*; para ello, acudirá ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia quien decidirá su procedencia a trámite (entiéndase: *admisión a trámite*), y una vez acordada, el Ministerio Público podrá continuar con la investigación, pero esta vez de manera directa contra el Alto Funcionario, pudiendo ordenar la práctica de cualquier diligencia que considere pertinente, incluyendo, la realización de actos que impliquen persecución personal, como por ejemplo, la solicitud de medidas de coerción personal, entre otras.

Conviene esta Dirección en que el desenvolvimiento de esta etapa de la investigación es idéntico a la etapa *preliminar* del procedimiento ordinario prescrito en el Código Orgánico Procesal Penal; la única diferencia discernible es respecto al órgano que controlará la investigación, es decir, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia fungirá como juzgado de control. El Fiscal se dedicará exclusivamente a recabar suficientes *elementos de convicción* que sustenten su imputación.

En resumen, y como corolario de todo lo anterior, la fase de investigación antes de la imputación entiende incertidumbre; una vez obtenida por el representante del Ministerio Público la certeza de la comisión de un delito y arguyendo elementos de convicción que hagan “creíble”⁴⁹ la vinculación de un alto funcionario con el hecho punible, procederá la solicitud para su enjuiciamiento (artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal); obtenida la aprobación para continuar con la investigación en contra del aforado, el Fiscal buscará superar la incertidumbre⁵⁰, y una vez obtenido un cierto grado de criminalidad objetiva, será factible intentar la respectiva querrela (acusación) ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Corresponde en este momento dedicar algunas líneas sobre la *actividad probatoria* desarrollada en el procedimiento especial *in comento*. Siendo consecuentes con lo apuntado *supra*, se entiende que el Fiscal General de la República deberá acudir en dos momentos⁵¹ ante la Sala

⁴⁹ Término utilizado por alguna jurisprudencia del Máximo Tribunal, lo cual será abordado con mayor ahínco ulteriormente.

⁵⁰ Se contará con elementos de convicción que superen lo creíble e impriman certeza a lo investigado.

⁵¹ Que en realidad son *por lo menos* dos momentos, pues luego de acordado el trámite para investigar al *alto funcionario*, el Fiscal General de la República podrá acudir cuantas veces estime necesario para solicitar la práctica de cualquiera diligencia, que por su naturaleza, requiera autorización judicial, como por ejemplo: medidas de coerción personal, allanamientos, exhumación de cadáveres, incautación o interceptación de correspondencia o comunicaciones, reconocimiento del imputado o prueba anticipada; no obstante, a los fines de lo que se pretende explicar en este inciso (entiéndase: *fuentes de prueba*) solo merece mencionar los dos momentos donde el Fiscal General de la República

Plena del Tribunal Supremo de Justicia. En un primer momento para solicitar el “enjuiciamiento”⁵² (entiéndase: solicitud de *antejuicio de mérito*) del alto funcionario con el objeto de investigarlo directamente; y un segundo momento ulterior, para solicitar el “enjuiciamiento”⁵³ de dicho funcionario mediante la presentación de la querrela correspondiente con fiel cumplimiento de los requisitos de la acusación⁵⁴. Ahora bien, tanto para satisfacer lo dispuesto en el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal, como en el artículo 377 *ejusdem*, es indispensable que el Fiscal General de la República acompañe elementos de convicción que acrediten – de uno u otro modo – la vinculación del Alto Funcionario con los hechos objeto de la investigación. Sobre el particular, valga citar diversos criterios que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo de Justicia en reciente jurisprudencia,⁵⁵ al referirse a la *verosimilitud* de elementos de convicción que acompañen la solicitud Fiscal:

1. La verosimilitud debe entenderse como “cualidad de verosímil” y verosímil comprende lo derivado de dos aspectos: que tenga apariencia de verdadero, y lo que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad.
2. Que la verosimilitud es un requisito *sine qua non* para que la solicitud de antejuicio sea admitida para su trámite.
3. Que dentro de los límites de valoración de las pruebas, los elementos que crean verosimilitud deben ser suficientes para la admisión de la solicitud.
4. Que se verifican sólo de los recaudos aportados por el solicitante dirigidos a crear la apariencia de veracidad de los supuestos hechos delictivos.
5. Que tal verosimilitud debe guardar relación con el hecho delictivo.
6. Que la verosimilitud no puede regirse por un examen de mérito de las pruebas aportadas, sino tan solo por uno de pertinencia, esto es, fijar que los documentos recabados guarden estrecho vínculo con los alegatos expuestos, de modo tal de crear verosimilitud en el juzgador, sin entrar a conocer y pronunciarse en relación con el fondo de los mismos.

deberá apoyar su solicitud con actos ya practicados durante la investigación, esto es, la solicitud de “enjuiciamiento” a la que hace alusión el artículo 36, como el 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

⁵² Ver artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal.

⁵³ Ver artículo 377 *ejusdem*.

⁵⁴ En un primer momento lo que interpone el Fiscal General de la República es una *solicitud* para investigar; el segundo momento implica la interposición de la *querrela* a la que alude el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal para procurar la apertura del debate público.

⁵⁵ Ver sentencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Iván Rincón, de fechas 24-09-2002, 12-12-2002 y 18-03-2003, Causas Nros. 2002-000049, 2002-000058 y 2002-000046 respectivamente.

En esta primera fase de la investigación, el Fiscal General de la República deberá aportar – en primer lugar – suficientes elementos de convicción que permitan demostrar el hecho punible denunciado; y por otro lado, la acreditación de elementos capaces de crear credibilidad en el juzgador respecto a la vinculación del alto funcionario con el delito investigado.

Como corolario de lo anterior, la solicitud de antejuicio de mérito no merece ser acompañada por pruebas propiamente dichas⁵⁶, sino únicamente es menester la presentación de *elementos de convicción* o *fuentes de prueba* que hagan verosímiles los hechos imputados.⁵⁷ Si lo que se pretende es obtener certeza sobre la participación del funcionario en la comisión del hecho delictivo, para ello existe la segunda fase de la investigación, donde media autorización del Tribunal Supremo de Justicia para continuar con la recaudación de fundados elementos de convicción que sustenten la imputación que ulteriormente se formalice (artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal).

Por último, valga precisar bajo qué fundamento el Fiscal General de la República deberá solicitar el enjuiciamiento del Alto Funcionario según lo dispuesto en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Esta Dirección ha convenido en que una vez concluida la fase de investigación en contra de un alto funcionario – en calidad de imputado –, el Fiscal General de la República presentará el correspondiente acto conclusivo, que de ser una querrela (entiéndase: acusación), deberá satisfacer los requisitos prescritos en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal.

Según lo anterior, el Ministerio Público logró recabar en cierto período⁵⁸ suficientes elementos de convicción que soportarán con seriedad

⁵⁶ Como en ocasiones lo ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, como por ejemplo, sentencia de la Sala Plena, de fecha 21-11-2001, causa Nro. 2001-000028, con ponencia del Magistrado Oberto Vélez.

⁵⁷ Entiéndase la utilización del término “verosimilitud”, por cuanto aún, en esta fase, resulta ilógico la presentación de *suficientes elementos de convicción* contra el *alto funcionario*; ello daría a entender que se instruyó una investigación a espaldas del imputado, y es precisamente ello lo que se pretende evitar.

⁵⁸ Cuya duración ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de Justicia, arguyendo que la investigación contra un Alto Funcionario, supone una mayor complejidad y oportunidad, y por tanto, en un lapso que no fue fijado por el legislador, debe el Fiscal General de la República sustanciar y presentar ante la Sala Plena del Tribunal Supremo los motivos que a su juicio justifican: “*el inicio de una investigación contra el Presidente de la República*” (que para quines suscriben sería, por lógica, el inicio de la *audiencia preliminar*), según lo establece los artículos 377 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal. Afirma la Sala Plena que en los casos de investigaciones contra Altos Funcionarios no existe legalmente un lapso para concluir la investigación. En efecto, el legislador no ha dispuesto de una norma expresa al respecto, en consecuencia, ha concluido el Máximo

la imputación Fiscal. Una vez concluida la fase investigativa, el Ministerio Público cuenta – parafraseando a Binder⁵⁹ - con el suficiente grado de certeza respecto a un hecho determinado⁶⁰ y contra una persona establecida, acompañada de una “promesa” de que el hecho será probado en juicio.

La culminación de la Fase de Investigación supone el respeto íntegro de las garantías de comparecencia del acusado y del conocimiento claro y específico – por parte de éste – de los hechos punibles que se le atribuyen, permitiendo, de esta forma, el ejercicio pleno del derecho a la defensa. No es estéril subrayar que durante la fase de investigación el imputado (bien sea Alto Funcionario o no) gozará plenamente de la garantía del *debido proceso*; a la *tutela judicial efectiva* traducida en el derecho a solicitar la práctica de diligencias necesarias para la investigación; a la *defensa* como derecho inviolable; a la garantía de la *prueba legalmente obtenida*; a la proposición de todos los recursos legalmente establecidos; a la *presunción de inocencia*; al *derecho a ser oído* en cualquier clase de proceso; al *juez competente e imparcial*; al *principio de legalidad*, en fin, al derecho a ser juzgado conforme el cumplimiento pleno de todas las garantías establecidas en la Constitución y demás leyes⁶¹.

Consecuencialmente, una vez presentada la “querrela” ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, corresponderá su admisión, y por ende, la correspondiente *orden de apertura a juicio oral y público*.

V. CONCLUSIONES

1. Los artículos 36 del Código Orgánico Procesal y 377 *ejusdem* responden a una distinta fase del procedimiento contra altos

Tribunal que dicho lapso variará en su extensión según la complejidad del caso, la capacidad del órgano encargado de la investigación, la conducta de los denunciantes, etc. Ver Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de junio de 2003, causa 02-1961, con ponencia del Magistrado Delgado Ocando.

⁵⁹ Binder, Alberto. “*Introducción al Derecho Procesal Penal*”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, segunda edición, 1999.

⁶⁰ En ese sentido se ha pronunciado la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia: “*Para la admisión de la querrela deben aparecer debidamente sustentados los medios de convicción indispensables para la tipicidad delictiva. La determinación de estos supuestos fácticos obedece a razones de seguridad jurídica, pues, como se sabe, son estos hechos y no otros distintos, los que van a definir los límites de la controversia judicial (thema decidendum)*”. Sentencia de fecha 28 de mayo de 2003, con ponencia del magistrado Rafael Pérez Perdomo, causa 2002-008.

⁶¹ Sostenido por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de la Sala Plena, con fecha 21 de noviembre de 2001, causa 2001-000027 con ponencia del Magistrado Oberto Vélez.

funcionarios. En efecto, la voz “*enjuiciamiento*” empleada en ambas normas entiende diversos significados.

2. El artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal contempla una condición o presupuesto de procedibilidad. En ese sentido, por mandato de la norma referida, una vez individualizado un alto funcionario como imputado, antes de iniciar labores de persecución en su contra, debe mediar previa solicitud de antejuicio de mérito interpuesto por el Fiscal General de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia.
3. El artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal alude a la querrela (entiéndase: acusación) que interpone el Fiscal General de la República con el objeto de iniciar efectivamente un juicio (debate oral y público) contra el Alto Funcionario. Una vez presentada la querrela, previa admisión por el Tribunal Supremo de Justicia (que funge como Juzgado de Control en el procedimiento especial *in comento*), se dictará la correspondiente *orden de apertura a juicio*, acto que formalmente da inicio a la *Fase de Juicio* del procedimiento en examen.
4. Corresponde al Fiscal General de la República la solicitud de *antejuicio de mérito* a la que hace alusión el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal. No obstante, en criterio del Tribunal Supremo de Justicia, la víctima, como sujeto procesal afectado directamente por la comisión del hecho punible, está plenamente facultada para solicitar – de igual manera – el *antejuicio de mérito* contra el Alto Funcionario vinculado con determinados hechos. No obstante, advierte el Máximo Tribunal, que una vez admitida la solicitud propuesta por la víctima, los recaudos deben ser remitidos inmediatamente al Fiscal General de la República con el objeto de *interponer formalmente* la solicitud de antejuicio a la que alude el artículo 36 del Código Adjetivo Penal.
5. El Tribunal Supremo de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha fijado los criterios que determinan cuando un alto funcionario vinculado con la comisión de un hecho punible debe ser calificado como imputado. Todos ellos son enumerados *supra*.
6. La fase de investigación en el procedimiento especial *in comento* puede ser escindida en dos etapas: la primera, antes de la solicitud de antejuicio a la que hace alusión el artículo 36 del Código Orgánico Procesal Penal, sin que se le atribuya la condición de imputado al Alto Funcionario; la segunda, una vez solicitado el antejuicio de mérito, la fase de investigación se dirige directamente

contra el Alto Funcionario, siendo perfectamente posible desarrollar actos persecutorios en su contra.

7. En la solicitud de *antejuicio de mérito* no es menester la presentación de *pruebas* propiamente dichas. La simple presentación de elementos de convicción que vinculen o relacionen al Alto Funcionario con la comisión de hecho punible son suficientes para fundamentar la solicitud de *antejuicio*.
8. La querrela o acusación a la que alude el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal deberá sostenerse en *fundados elementos de convicción*, con sujeción a todo lo dispuesto en el artículo 326 *ejusdem*.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera de Paz, Enrique. “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Editorial Reus. 2da. Edición. Madrid, 1924.

Aragüena Fanego, Coral. “*Teoría General de las medidas cautelares reales en el proceso penal*”. Barcelona, España, 1991.

Arboleda Vallejo, Mario. “*Código Penal Anotado (Ley 599 de 2000)*”. Editorial Leyer. Décima Novena Edición. Bogotá, 2001.

Ariza Colmarejo María Jesús. “*Las Costas en el Proceso Penal*”. Editorial Comares, Granada, 1998.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*Código Orgánico Procesal Penal. Trabajo monográfico*”. Mc. Graw Hill. Caracas. 1999.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*Derecho Penal Venezolano*”. Novena Edición. Editorial McGraw-Hill, Caracas, 2001.

Arteaga Sánchez, Alberto. “*La privación de libertad en el proceso penal venezolano*”. Editorial Livrosca. Caracas, 2002.

Asencio Mellado, José María. “*La prisión provisional*”. Editorial Civitas. Madrid, 1987.

Balzán, José Ángel. “*Lecciones de Derecho Procesal Civil*”. Editorial SULIBRO, Segunda Edición. Caracas, 1986.

Bello Tabares, Humberto y Jiménez Dorgi. “*Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*”. Ediciones Paredes, Caracas, 2004.

Biblioteca Virtual de Jurisprudencia: www.rioneroybustillos.com

Binder, Alberto M. “*Introducción al derecho procesal penal*”. Segunda Edición, Buenos Aires, 1999.

Binder, Alberto. “*El incumplimiento de las formas procesales*”. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires. 2000.

Binder, Alberto. “*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*” Depalma, Buenos Aires, 1998.

Borrego, Carmelo, Simón Bello, Carlos y Rosales, Elsie. “*Constitución, principios y garantías penales*”. UCV, Caracas, 1996.

Borrego, Carmelo. “*La Constitución y el Proceso Penal*”. Livrosca. Caracas, 2002.

Borrego, Carmelo. “*Nuevo Proceso Penal. Actos y Nulidades Procesales*”. Editorial Livrosca. UCV. Caracas, 1999.

Cabanellas de Torres, Guillermo. “*Diccionario jurídico elemental*”. Editorial Heliasta S.R.L. 1998.

Cabrera Romero, Eduardo. “*Revista de Derecho Probatorio Nro. 11*”. Ediciones Homero. Caracas. 1999.

Cabrera Romero, Eduardo. “*Revista de Derecho Probatorio Nro. 13*”. Ediciones Homero. Caracas. 2003.

Cafferata Nores, José I. “*Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*”. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.

Calamendrei, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”. Italia, 1936.

Canova González, Antonio. “*Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*”. Editorial Sherwood. Colección Contencioso Administrativo N° 1. Caracas, 1998.

Carnelutti, Francesco. “*Monografías Jurídicas*”. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogota. 1999.

Carocca Alex. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. J.M. Bosch Editor, 1998, Barcelona.

Casal H, Jesús M. “*Curso de Capacitación sobre el Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*”. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela. 2002.

Chiovenda, Giuseppe. “*istituzioni di diritto processuale civile*”. Volumen I. 2da. Edición. Nápoles, 1935.

Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. (Teoría de los Derechos Fundamentales: Condiciones para la limitación de derechos fundamentales; el principio de proporcionalidad). Serie eventos Nro. 3, del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas-Venezuela. 2002.

Díaz Chacón, Freddy José. “*Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*”. Editorial Livrosca. Publicación bimensual correspondiente a los meses *enero y febrero* del año 2001.

Díaz Chacón, Freddy José. “*Doctrina Penal del Tribunal Supremo de Justicia*”. Editorial Livrosca. Dedicado a las máximas de los meses *noviembre y diciembre* de 2001. Caracas, 2001.

Díez-Picazo, Luis. “*El Poder de acusar. Misterio Fiscal y Constitucionalismo*”. Ariel Derecho. Barcelona. 2000.

Fenech Navarro, Miguel. “*El proceso penal*”. 4ta. Edición. Madrid, 1982.

Fernández, Fernando. “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. Mc Graw Hill. Caracas, 1999.

Ferrajoli, Luigi. “*Derecho y Razón*”. Trotta. Madrid 1995.

Frías Caballero, Jorge. “*Teoría del delito*”. Editorial Livrosca. Caracas, 1996.

Gimeno Sendra, Vicente. “*El proceso de Habeas Hábeas*”. Madrid, 1985.

Gómez Colomer, Juan-Luis. “*El proceso alemán. Introducción y normas básicas*”. Editorial Bosch. Barcelona, 1985.

Gómez Grillo, Elio. “*Las Penas y las cárceles*”. Empresa El Cojo. Caracas, 1998.

Gómez Orbaneja, Emilio. “*Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”. Tomo I. Barcelona, 1947.

González Pérez, Jesús. “*El derecho a la Tutela Jurisdiccional*”. tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

González-Cuellar Serrano, Nicolás. “*Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*”. J.M. Bosch Editor. Barcelona 1998.

González-Cuellar Serrano, Nicolás. *“Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”*. Editorial. Colex, Madrid, 1990.

Jiménez de Asúa, Luis. *“Tratado de Derecho Penal”*. Tomo III, Tercera Edición, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1965.

Lares Martínez, Eloy. *“Manual de Derecho Administrativo”*. Tercera Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975.

Maier, Julio. *“Derecho Procesal Penal. Fundamentos”*. Segunda Edición. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1999.

Mairal, Héctor. *“La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública”* Depalma, Buenos Aires, 1994.

Martínez Garnelo, Jesús. *“La investigación ministerial previa”*. Editorial Porrúa. México. 2002.

Miranda Estrampes, Manuel. *“La mínima actividad probatoria en el proceso penal”*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España. 1997.

Molina Arrubla, Carlos Mario. *“Fundamentos de Derecho Procesal Penal”*. Editorial Leyer. Colombia, 2002.

Monagas, Orlando. Artículo titulado *“Detención preventiva y presunción de inocencia”*, en: *“Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal”*. UCAB, Caracas, 2002.

Monagas, Orlando. Artículo titulado *“La libertad durante el proceso”*, en: *“Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal”*. UCAB, Caracas, 2002.

Montero Aroca, Juan. *“Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

Noguera Ramos, Iván. *“El Juez Penal. Aportes Procesales y Criminalísticos”*. Editorial Librería Portocarrero. Perú, 2002.

Ortells Ramos, Manuel. *“Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”*. R.G.L.J. Madrid, 1978.

Osman Maldonado, Pedro. *“Derecho procesal Penal Venezolano”*. Edición ampliada al Código Orgánico Procesal Penal de noviembre de 2001. Caracas, 2002.

Pérez Dupuy, María Inmaculada. *“El amparo a la libertad”*. Livrosca. 2003.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. 2da Edición. Caracas, 2002.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*”. Editorial Vadell Hermanos. 2º edición. Caracas. 1998.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*Comentarios del Código Orgánico Procesal*”. Vadell Hermanos. Caracas, 2002.

Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. “*La investigación, la instrucción y la flagrancia*”. Editorial Vadell Hermanos. Caracas. 1999.

Puig Peña, Federico. “*Comiso*”. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IV. Editorial Francisco Seix. Barcelona, 1993.

Rengel-Romberg, Arístides. “*Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*”. II Tomo. Editorial Arte, Caracas, 1995.

Rionero&Bustillos. “*Instituciones Básicas en la Instrucción del Proceso Penal*”. Editorial Livrosca. Caracas, 2003.

Rionero&Bustillos. “*El Desacato. Desobediencia a la Autoridad en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*”. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004.

Rionero&Bustillos. “*Maximario Penal*”. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2005.

Rionero&Bustillos. “*Maximario Penal. 2do. Semestre 2005*”. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2006.

Rionero&Bustillos. “*El Proceso Penal. Instituciones Fundamentales*”. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2006.

Rosa Mármol, Blanca. “*Temas Actuales de Derecho Procesal Penal*”, Sextas Jornadas. UCAB. 2003.

Roxin, Claus, “*Derecho Procesal Penal*”. Ediciones El Puerto, Buenos Aires, 2000.

Roxin, Claus. “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo I. Editorial Civitas. 1997.

Rubianes, Carlos J. “*Derecho Procesal Penal*”. Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Schonbohm, Horst y Losing, Norbert. “*Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*”. Fundación Konrad Adenauer. Caracas. 1995.

Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal llevadas a cabo en la Universidad Católica Andrés Bello, titulada “*Suspensión Condicional del Proceso*”. Para su revisión remitimos a la publica *Vigencia Plena del Nuevo Sistema*. UCAB, Caracas, 2001.

Silva Silva, Jorge Alberto. "*Derecho Procesal Penal*". Segunda Edición. Editorial Harla. México. 1997.

Tamayo Rodríguez, José Luis. "*Manual Práctico comentado sobre la reforma del Código Orgánico Procesal Penal*". Venezuela, 2002.

Tamayo Rodríguez, José Luis. "*Medidas Cautelares o de Coerción Real en el COPP*". Caracas, 2002. Sin editar.

Tamayo Rodríguez, José Luis. "*Proposiciones para reformar el Código Orgánico Procesal Penal*". Monografía presentada a la consideración de la Asamblea Nacional. Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas, 2001.

Vásquez González, Magaly en "*El Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal*". Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB. 2001.

Vásquez González, Magaly. "*La aplicación efectiva del COPP. Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal en homenaje al R.P. Pérez Llantada*". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000.

Vásquez González, Magaly. "*Nuevo derecho procesal penal venezolano*". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999.

Vecchionacce E, Frank I. "*Los principios del Derecho Penal (sustantivos y adjetivos) en materia de drogas. Posición crítica*". Maracay, 1990.

Vecchionacce E. Frank I. "*Procedimiento especial por flagrancia y práctica judicial*". Mimeografía. 1999. Sin editar.

Vitale, Gustavo. "*Suspensión del proceso penal a prueba*". Editores del Puerto. Buenos Aires, 1996.