

CIENCIAS JURIDICAS

Responsabilidad de los funcionarios públicos

Dr. José María Méndez*



* Ex-Rector de la Universidad de El Salvador, abogado y maestro de varias generaciones de juristas. Sobresaliente escritor y polemista. El mejor escritor salvadoreño vivo. Su estilo preciso e incisivo mueve la imaginación y enriquece el intelecto del lector. El Dr. Méndez, es un sabio de amplia cultura humanística, científica y jurídica moderna y actualizada. Magistrado Presidente de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La responsabilidad de los funcionarios públicos está regulada en la Constitución vigente de 1983 en el Título VIII, en los Artículos 235 a 245

El primer artículo impone a los funcionarios públicos, civiles o militares, la obligación, antes de tomar posesión de sus cargos, de protestar bajo palabra de honor ser fieles a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contrarían, y prometer además el exacto cumplimiento de los deberes que los cargos les imponen. Por otra parte los declara responsables conforme a las leyes por las infracciones que cometan.

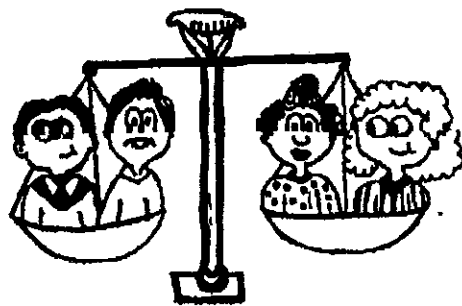
La protesta bajo palabra de honor o juramento es una mera formalidad que no garantiza el cumplimiento de la Constitución ni que los funcionarios guarden sus deberes. En nuestro país la Constitución se transgrede o se deja de cumplir cotidianamente y los funcionarios quebrantan sus deberes a diario pese al juramento. Dije en mi libro humorístico *DISPARATARIO* que los funcionarios cuando juran levantan una mano y con la otra, escondida a la vista del público, hacen una higa.

Debemos acotar que los funcionarios protestan cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto, aún cuando se hayan dictado leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen. ¿Significa lo anterior que pueden desatender disposiciones

de carácter generalmente obligatorio (leyes, decretos y reglamentos) si a su juicio contradicen la Constitución? El problema tiene relación con lo dispuesto sobre el cumplimiento del deber, en el No 1 del Art 37 Pn, que prescribe que “no comete delito el que actúa u **OMITE** en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, **CARGO**, oficio o profesión, **sin traspasar los límites legales**”, mandato según el cual se puede omitir un deber, cuando éste proviene de una disposición u orden que traspasa los límites legales. Cabe tomar en cuenta asimismo el Art 429 Pn que sobre el **INCUMPLIMIENTO DE DEBERES** dispone “El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio que **ILEGALMENTE** omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, será sancionado con diez a sesenta días-multa”

La conclusión, armonizando los artículos citados, es que los funcionarios públicos no incurren en responsabilidad penal si se niegan a cumplir una orden ilegal, pero no tienen facultad para rechazar el cumplimiento de una ley, decreto o reglamento, que consideren inconstitucional. Mi conclusión negativa se basa en que es competencia exclusiva de la Sala de lo Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos de modo general y obligatorio, competencia que paralelamente corresponde, también en forma exclusiva, a los tribunales comunes, pero limitada en sus efectos a los casos en que tienen que pronunciar sentencia (Arts 183 y 185 Cn.)

En mi opinión los funcionarios no pueden incumplir leyes, decretos, reglamentos o sentencias, que a su juicio sean contrarias a la Constitución, pero sí pueden desobedecer órdenes superiores que contraríen la Constitución o las leyes secundarias



El artículo 235 Cn , además de exigir juramento, declara a los funcionarios responsables conforme a las leyes por las infracciones que cometan Concuerta con el Art 244 Cn , que ordena “la violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán penadas por la ley”

Según los preceptos anteriores, es deber del legislador común, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos, dictar leyes que castiguen la violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales Sin embargo el legislador ordinario no ha cumplido ese deber, y con su omisión ha protegido la impunidad de los funcionarios públicos y les ha dejado mano libre para la arbitrariedad en vez de ceñirles a los mandatos de la Carta Magna Citamos los casos siguientes

1 Conforme el Art 5 Cn no se puede expatriar a ningún salvadoreño, ni prohibírsele la entrada en el territorio de la Republica, ni negársele pasaporte para su regreso u otros documentos de identificación, a menos que estén suspendidas las garantías constitucionales y esta suspensión comprende al artículo 5 citado Pese a lo anterior ha sido costumbre en nuestro país expatriar a personas por razones de orden político, prohibirles la entrada al territorio y negarles pasaporte u otros documentos de identificación, sin estar suspendida la garantía contenida en el artículo 5to Así se ha impuesto el exilio, ilegalmente, a veces por largos años, como sanción de motivación política, como pena proscriptiva, que por su condición de tal, está prohibido en el artículo 27 Cn La expatriación ilegal, la prohibición de entrar al territorio y la negativa de entregar pasaporte u otro documento de identificación a un salvadoreño que quiere ingresar al país, debería ser delito grave penado por la ley En nuestras leyes secundarias no existe ese delito

Además considero necesario reformar el artículo 27 Cn , para que no se permita en ningún caso la suspensión de la garantía consignada en el artículo 5 Cn

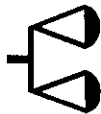


2 Conforme al Art 6 Cn no se puede secuestrar, como instrumento de delito, “la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento” El embargo ilegal de objetos destinados a la difusión del pensamiento debería pensarse en las leyes secundarias

3 Conforme al mismo Art 6 las empresas que se dedican a la comunicación escrita, radiada o televisada, todas las empresas de publicaciones, y las acciones y cuotas sociales de esas empresas, no pueden ser objeto de estatización ni nacionalización, ya sea por expropiación o por cualquier otro procedimiento El acto ilegal de estatización o nacionalización en tales casos debería pensarse en nuestras leyes

4 El mismo Art 6 Cn estatuye que dichas empresas no pueden establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político de lo que se les envía para publicación, y consagra solemnemente “el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona” En nuestro país la mayoría de empresas periodísticas y de televisión, ejercen discriminación por el carácter político de lo que se les remite para publicación, se niegan a publicar cualquier escrito de índole política opuesto a sus propias convicciones o susceptibles de causar molestia o mero escozor al gobierno de turno o al Partido político que lo respalda, desconocen, abiertamente, el derecho de respuesta y no publican ninguna aclaración o réplica por ofensivo o absurdo que sea lo que ellos han publicado o permitido que se publique Debería castigarse la negativa a permitir el derecho de respuesta

5 El Art 12 Cn establece derechos en favor del imputado. La idea que prevalece en un sector del gobierno y buena parte de la opinión pública salvadoreña, es la de que el imputado no debería tener derechos y que al reconocerle algunos se promueve la delincuencia. Los derechos que reconoce el Art 12 Cn, son a) el de reputarlo inocente mientras no se pruebe lo contrario, b) el de darle información al momento de su captura, c) el de no ser obligado a declarar, y d) el de ser asistido por defensor desde el inicio de las diligencias de los órganos policiales. En la práctica esos derechos se niegan. Las leyes secundarias han creado presunciones de culpabilidad que son contrarias a la presunción de inocencia establecida por la Constitución (Arts 503 y 504 Pr Pn). Los Jueces dictan autos de detención con la sola denuncia o la acusación y el testimonio del ofendido. Al capturar a los reos no se les da la información. Se niega o se obstaculiza la participación del defensor. Se obliga al imputado a declarar contra sí mismo para obtener su confesión extrajudicial por medios violentos (torturas) o por coacción psíquica que se realiza internándolo en una cárcel de miserables condiciones y amenazándole e incomunicándole. Los Jueces admiten como prueba esa confesión recibida por los Organos Auxiliares, pese a que la recepción de pruebas, parte de la labor jurisdiccional, corresponde **EXCLUSIVAMENTE** al Organismo Judicial (Art 172 Cn), y pese a que el Art 12 Cn preceptúa que “las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor, y que quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal”. Ni las detenciones ilegales que decretan los Jueces, ni la detención arbitraria sin información, ni la obtención violenta de la confesión



extrajudicial son conductas punibles en nuestras leyes.

6 El Art 13 Cn prescribe que ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario, puede dictar órdenes de detención o de prisión sino de conformidad con la ley, y que estas órdenes deberán ser siempre escritas. Esta norma no se cumple. Aparte de que no está legislado claramente cuáles son los requisitos legales para dictar una detención, las autoridades administrativas efectúan capturas arbitrarias sin orden escrita. Esas transgresiones no están penadas en nuestras leyes.

7 El Art 14 Cn dispone que sólo el Organismo Judicial corresponde imponer penas, pero que la autoridad administrativa puede sancionar contravenciones con arresto hasta por quince días. En algunos casos esa autoridad impone penas que exceden ese término. La conducta ilegal no está castigada.

8 Los Arts 16 y 17 Cn, al establecer la garantía de la cosa juzgada, disponen que un mismo Juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa y que ningún Organismo Gubernamental ni autoridad puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos. El irrespeto a esa garantía no está penado.

9 El Art 18 Cn otorga a toda persona derecho de petición. El desconocimiento de ese derecho debería estar penado por la ley.

10 El Art 19 Cn permite el registro o la pesquisa de la persona sólo para prevenir o averiguar delitos o faltas. El registro y la pesquisa ilegal deberían estar penados por la ley secundaria.

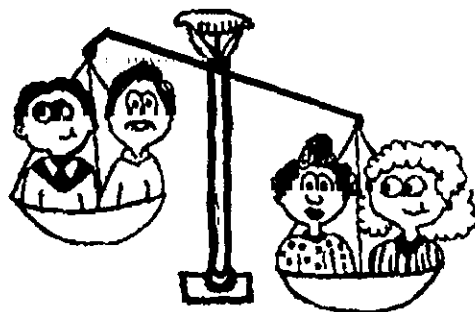
11 El Art 20 Cn garantiza la inviolabilidad del domicilio. La violación al domicilio debería estar especialmente penada en la ley secundaria.

12 El Art 24 Cn establece la inviolabilidad de la correspondencia y prohíbe la interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas. La inviolabilidad de la correspondencia debería estar especialmente castigada y debería castigarse también la interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas, máxime si se toma en cuenta que han sido práctica común durante mucho tiempo y que hace poco fue denunciada y se acompañó prueba a la denuncia.

II LOS ACTOS ARBITRARIOS

Alguien podría argumentar que es innecesario castigar los delitos enumerados porque ellos están comprendidos en el Art 428 Pn que castiga a los funcionarios o empleados públicos o encargados de un servicio público que en el desempeño de sus funciones realicen o permiten que un tercero realice, cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas, o daño en los bienes, o usaren de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de sus funciones o servicios.

Si bien ese artículo es de gran amplitud, a mi juicio deberían tipificarse y castigarse las transgresiones a la Constitución señaladas, porque la precisión en la tipificación de los delitos, además de llenar un vacío, contribuiría a realzar el imperio de la Constitución, porque



es necesario imponer en cada caso penas proporcionales a la gravedad de esos delitos, y porque al castigarlos se daría protección específica a los derechos humanos que garantiza la Constitución.

III EL FUERO CONSTITUCIONAL

El fuero constitucional, regulado en los Arts 236, 237, 238 y 239 Cn, otorga a ciertos funcionarios públicos dos privilegios: a) el de no ser juzgados mientras ejercen sus cargos por los delitos oficiales o comunes que cometan, sino hasta que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia declaren que hay lugar a formación de causa, expresión que equivale a otorgar la *venia* o *dar el permiso para el procesamiento*, b) el de no ser juzgados por los tribunales comunes preestablecidos sino por tribunales especiales.

El primer privilegio se concede para preservar la estabilidad política que se vería expuesta a sacudiones si se dejase que ciertos



funcionarios importantes fuesen removidos en virtud de órdenes de detención dictadas por tribunales

comunes (jueces de primera instancia y de paz), en juicios por delitos que hubiesen cometido.

El segundo privilegio se concede por *respeto y consideración a las personas electas o nombradas en altos cargos públicos*.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950 se dijo "Las altas posiciones oficiales son blanco, no sólo de críticas constructivas, sino de toda clase de calumnias movidas por intereses políticos o por egoísmos personalistas. Para que los altos funcionarios puedan desarrollar con cierta tranquilidad sus actividades, necesitan alguna protección. No se trata de impedir que se les procese sino de que se les procese con

base probatoria De aquí que todas las legislaciones del mundo consagren UN FUERO ESPECIAL para los altos funcionarios Este defiende a estos de la mentira, GARANTIZA AL ESTADO, y mantiene el principio de que todos deben responder por las contravenciones a la ley”

IV FUNCIONARIOS QUE GOZAN DE FUERO CONSTITUCIONAL

Los funcionarios que gozan de fuero constitucional son el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los Representantes Diplomáticos (Art 236 Cn)

Gozan también de ese fuero los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales Y LOS DEMAS FUNCIONARIOS QUE DETERMINE LA LEY, únicamente por DELITOS OFICIALES que cometan Por esos delitos y por los comunes, respecto a los cuales no gozan de fuero, son juzgados por los Jueces de Primera Instancia El Organó que declara si hay lugar a formación de causa es la Corte Suprema de Justicia La Constitución no señala procedimiento para esos casos El Art 419 Pr Pn , al legislar sobre este tema, omite que debe oírse a un Fiscal y al indiciado o su defensor, formalidad implícita en el Art 11 Cn , por la garantía de audiencia y del funcionario jurídico .

Nuestra Carta Magna en varias ocasiones otorga al legislador secundario facultad de

legislar sobre puntos constitucionales, lo cual es justificable en casos como el Art 2Cn que dice “Se establece la indemnización, CONFORME A LA LEY, por daños de carácter moral”, lo cual debe entenderse en el sentido de que a la ley secundaria corresponde fijar el procedimiento respectivo Otras disposiciones justificables están contenidas en el inciso 2do del Art 5, en el inciso último del Art 12, y en los Arts 22, 23 y 28 Pero la Constitución, a mi juicio, no debería dejar en manos de legislador secundario materias estrictamente constitucionales, como lo hace en el Art 168 al incluir en el No 20, entre las facultades del Presidente de la República “ejercer las demás atribuciones que le CONCEDEN LAS LEYES”, y en el Art 182 No 14 que incluye entre las facultades de la Corte Suprema de Justicia “ejercer LAS DEMAS ATRIBUCIONES QUE DETERMINA LA CONSTITUCION Y LA LEY” Esas disposiciones, al permitir al legislador ordinario fijar el radio de acción de los Organos fundamentales del Estado, desnaturaliza la Constitución Es facultad exclusiva del Poder Constituyente, no delegable, señalar EXPRESAMENTE las atribuciones de esos Organos

El paréntesis anterior da base para criticar el Art 239 Cn que permite al legislador ordinario otorgar fuero constitucional El Legislador Constituyente lo otorgó a los Jueces de Primera Instancia, Gobernadores Departamentales y Jueces de Paz El Art 415 Pt Pn lo hizo extensivo a los Jueces Ejecutores de Exhibiciones Personales, a los Arbitros y a los Arbitradores, que son funcionarios públicos, y lo extendió a los Secretarios de éstos, a los Agentes Auxiliares de la Fiscalía General de la República y de la Procuraduría General de Pobres, a los Auditores Militares, a los Administradores de Rentas, a los Empleados de Aduana y a los Alcaldes Municipales cuando ejercen funciones judiciales

Algunos de los funcionarios nominados merecen fuero, pero la decisión correspondía hacerla al Legislador Constituyente, no al ordinario. Este estuvo a punto de conceder fuero a los Porteros de las oficinas públicas.

V REGIMEN ESPECIAL PARA LOS DIPUTADOS

Los Diputados están sujetos a régimen especial. No gozan totalmente, aunque lo exprese el Art. 236 Cn, de fuero por delitos oficiales y comunes, ya que el Art. 238 Cn únicamente se los concede por delitos graves. Ese Art. contiene dos disposiciones que provocan confusión. El primer inciso dice que gozan de fuero por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron electos. El inciso segundo dice que por los delitos menos graves y faltas no podrán ser detenidos ni presos, ni llamados a declarar, sino después de concluido el período de su elección, lo cual da a entender que se les puede procesar por delitos menos graves, pero no se les pueden aplicar las medidas indicadas. El mismo inciso trata de la captura en flagrancia, tema un tanto alejado del fuero. Dispone que si se captura en flagrancia a un Diputado, al Presidente o al Vicepresidente de la República, habrá que ponerlos inmediatamente a disposición de la Asamblea. Preguntamos: ¿Cómo proceder si se captura a los demás funcionarios que gozan de fuero?

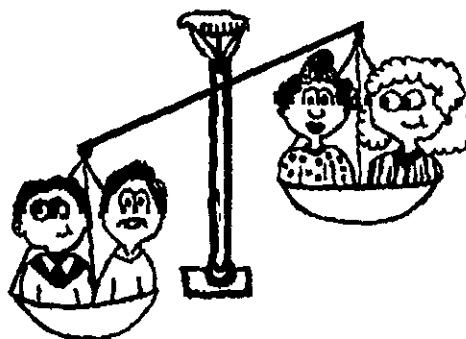


VI DELITOS OFICIALES Y DELITOS COMUNES

En nuestra legislación no se definen los conceptos de delitos oficiales y comunes. A mi parecer, son delitos comunes, los que puede cometer cualquier persona sujeta a la jurisdicción ordinaria (Jueces de Paz, Jueces de Primera Instancia, Cámaras de Segunda

Instancia, Sala de lo Penal y Corte Suprema de Justicia). Especiales los que pueden ser cometidos por cualquier persona y también por funcionarios o empleados públicos, y que, por razón de la materia, están sujetos a jurisdicciones especiales (Jueces de Hacienda, Jueces de Tránsito y tribunales militares). Delitos oficiales son aquellos que sólo pueden cometer los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, incumpliendo sus deberes o excediendo sus facultades.

El Capítulo I del título III del Código Penal, agrupa los DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS PUBLICOS. Consta de dos secciones. La primera comprende los ABUSOS DE AUTORIDAD: actos arbitrarios, incumplimiento de deberes, denegación de auxilio, requerimiento de fuerza contra actos legítimos, abandono individual de función, servicio o trabajo público, abandono colectivo de funciones o empleos públicos, nombramientos ilegales, revelación o divulgación de secretos oficiales, usurpación de atribuciones y anticipación y prolongación de funciones públicas (Arts. 428 a 437 Pn). La segunda trata de la CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS y comprende peculado, peculado por culpa, negociaciones ilícitas, exacción, cohecho pasivo, cohecho pasivo impropio,



malversación, enriquecimiento ilícito, infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos y abusos contra la honestidad (Arts 438 a 449 Pn)

Algunos de esos delitos se castigan con lenidad El incumplimiento de deberes, los nombramientos ilegales, la anticipación y prolongación de funciones públicas y el peculado por culpa, se castigan con diez a cien días-multa La malversación de caudales públicos con veinte a cien días-multa La desobediencia con cien a trescientos días-multa (Arts 429, 434, 437, 439, 446 y 455 Pn)

El Capítulo V de los DELITOS CONTRA LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTA-

DO, se refiere a los DELITOS CONTRA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLITICOS Y EL SUFRAGIO En él figuran delitos que pueden ser cometidos por funcionarios públicos, como obstaculizar el ejercicio de los derechos políticos o el Registro Electoral, coaccionar electores, perturbar el acto eleccionario y realizar falsificaciones electorales La pena de esos delitos puede aumentarse hasta una tercera parte si el autor es funcionario público (Arts 412, 412A, 414, 415, 419 y 420 Pn)

El Título IV del Código Penal, relativo a los DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, castiga los DELITOS CONTRA LA ACTIVIDAD JUDICIAL Entre ellos están las peritaciones (debieron decir peritajes) e informes falsos, el soborno, el prevaricato, la negativa a juzgar, la retardación de justicia y la omisión de aviso (Arts 465, 468, 469, 473, 474, 475 y 476 Pn)

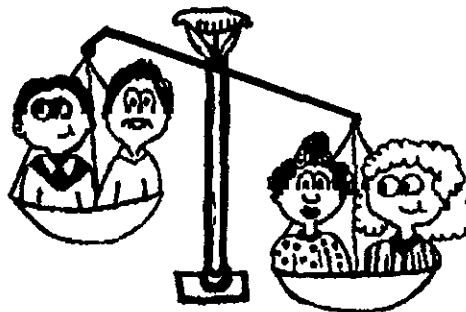
Llama la atención lo relativo al SOBORNO El Art 468 Pn castiga al que diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra VENTAJA APRECIABLE al testigo, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor con el fin de lograr afirmación falsa o negación u ocultación de la verdad, o deposición, dictamen, informe, traducción o interpretación que haya de servir en diligencia

o proceso, aunque la oferta o promesa no se acepte, o aceptada no se cometa Si se comete, se aplica al sobornante pena mayor cuando la falsedad fundamenta una sentencia en proceso penal, y pena de

diez a veinte años si en el proceso se impone la de muerte Estas penas se aplican también a los sobornados que cometen la falsedad El Art 469 Pn castiga el SOBORNO A JURADOS y señala igual pena al autor y al Jurado sobornado

Provoca también curiosidad que no mencionen esas disposiciones, como sujeto sobornado o sobornable, al Juez, pese a que en un Informe de CORRELESAL se denunció la institución del SACADOR, personaje que de acuerdo con el Juez o Magistrado obtiene dinero para lograr una determinada resolución y al lograrla reparte el dinero con el Juez o Magistrado corrupto

Ciertamente el Art 473 Pn castiga al Juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por SOBORNO, pero no lo castiga si recibe dinero para dictar sentencia ajustada a la ley o para dictarla de inmediato después de retardarla largo tiempo Ese tipo



de SOBORNO ocurre en nuestro ambiente y no está penado. Algunos Jueces cobran por poner libres a personas que merecen la libertad conforme a la ley. Un Juez cobraba por librar los oficios en cumplimiento de resoluciones de libertad ya dictadas, incluso en casos de excarcelación.

VII LA RETARDACION DE JUSTICIA

La retardación de justicia no es una infracción leve, como lo considera el Art 449 Pn, que la castiga con diez a cincuenta días-multa. Es, por el contrario, un delito grave, violatorio de los derechos humanos que se discuten en el juicio en que se produce la dilación. Si se demora injustificadamente un juicio ejecutivo impidiendo la subasta o la entrega material de un inmueble, con esa demora se lesionan los derechos humanos de propiedad y posesión consagrados en la Constitución. Consecuentemente los funcionarios culpables deberían ser enjuiciados por usurpación y daños, para que de esa manera pudieran responder por los perjuicios causados por la demora maliciosa o negligente. Un Juez que retrasa un proceso penal, al grado de verse obligado a poner en libertad al reo mediante caución juratoria cuando ya ha guardado prisión por un tiempo equivalente a la mayor pena a la que pudiera ser condenado (Art 257 No Pr Pn) debería ser enjuiciado por el delito de PRIVACION DE LIBERTAD O DETENCION ILEGAL AGRAVADA (Art 217 No 6 Pn), que habría que reformar así: "Si el hecho se hubiese cometido por un Juez o Tribunal que no hubiese respetado el plazo de la Instrucción señalado en el Art 123 Pr Pn, o por funcionario público que hubiere abusado de su autoridad".

A propósito de la denegación de justicia cabe analizar el Capítulo del Código Procesal Penal referente al RECURSO DE QUEJA

POR RETARDACION DE JUSTICIA (Arts 563 a 566 Pr Pn). Según ese Capítulo, para interponer el recurso, el interesado deberá dejar que transcurran los términos legales señalados para las resoluciones, o diez días sin que el Juez o Tribunal haya resuelto una petición. Además deberá reiterar su solicitud y esperar tres días más. Al recibir la queja, el Tribunal "si lo creyere conveniente, y en vista del Informe que se le haya rendido, o con sólo la vista de la queja, despachará orden para que se administre justicia sin retardo a la parte quejosa". No se podrá interponer nuevo recurso por el mismo motivo si no han transcurrido veinte días desde que se interpuso el primero. En ese caso se pide nuevo Informe al Juez culpable, quien tiene tres días para rendirlo. Sólo entonces se puede imponer al inferior culpable "MULTA DE VEINTICINCO A CIEN COLONES, sin perjuicio de dar cuenta a la Corte para los efectos consiguientes", lo cual no produce ningún efecto. Ante un Juez remiso y aunque el Tribunal Superior sea diligente, para que se multe al Juez, deben esperarse alrededor de cuarenta días. Transcurrido ese plazo podrá el litigante estar seguro de que el Juez va a dictar resolución, pero también deberá estar seguro de que la resolución será desfavorable y de que el Juez se convertirá en su enemigo para toda la vida.



VIII CONCEPTO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

El Art 459 Pn define los conceptos de funcionarios, empleados públicos y otros, así: "Para los efectos penales se considerarán lo) Funcionarios públicos, todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, CIVIL O MILITAR (debió decir civiles o militares) en la administración pública del Estado, del

Municipio o de cualquier Institución oficial autónoma o semi-autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir TODO LO RELATIVO A LA ORGANIZACION Y REALIZACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS, 2o) Empleados públicos, TODOS los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico He subrayado TODO LO RELATIVO A LA ORGANIZACION Y REALIZACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS, porque pienso que no existe ningún empleado que pueda considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos, y he subrayado la palabra TODO porque gramaticalmente sale sobrando

IX LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y LA AMNISTIA

La palabra AMNISTIA proviene de la palabra griega AMNISTIA que a su vez proviene de AMNESIS, olvidar, y es “el perdón u olvido del delito, otorgado por el Poder Público —en virtud del derecho de gracia— EN DETERMINADOS CASOS PREVISTOS POR LA LEY, que extingue por completo la acción y la pena, y elimina la calidad de condenados en favor de quién o quiénes se decreta” Este concepto lo he transcrito de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional 20 de mayo de 1993, que rechazó un recurso de INCONSTITUCIONALIDAD de la LEY DE AMNISTIA GENERAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA PAZ, decretada por la Asamblea Legislativa el 20 de marzo de 1993 y publicada en el Diario Oficial del 22 de marzo de ese año

En la definición de la Sala resalta el carácter restrictivo de la Amnistía, por cuanto sólo

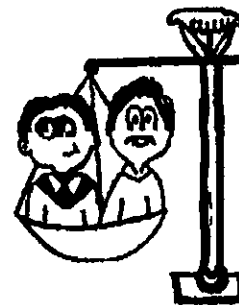
puede ser otorgada en DETERMINADOS CASOS PRESCRITOS POR LA LEY Nuestra Constitución reconoce también ese carácter restrictiva al prescribir que sólo la puede otorgar la Asamblea Legislativa por delitos específicos y al consignar, además, otras restricciones para dictarla

El marco de la condición limitativa lo forman los Arts 83, 86, 1331 No 26, 244 y 245 Cn

El Art 83 declara que “LA SOBERANIA RESIDE EN EL PUEBLO, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los LIMITES de la Constitución La Asamblea al dictar la citada Ley de Amnistía, creyó que la soberanía residía en ella misma, no en el pueblo, y que la podía ejercer a su entera voluntad, sin límite alguno y sin ceñirse a la Constitución

El Art 85 Cn consigna que el tipo de gobierno adoptado, es republicano, democrático y REPRESENTATIVO, y que el sistema político se expresa por medio de los partidos políticos, UNICO instrumento para la REPRESENTACION DEL PUEBLO La Asamblea, al dictar la ley referida, olvidó que ella constituye un Organó fundamental del Estado que representa el poder público dentro de un mandato rígido que expresamente determina sus facultades, y que ella no tiene todas las de su mandante —el pueblo— sino las que éste le confió en la Constitución

El Art 86 Cn recalca que el poder público emana del pueblo, y después de expresar que los Organos del Gobierno ejercerán ese poder **independiente**, dentro de sus respectivas atribuciones y competencias, proclama el principio tajante de que “los funciona-



rios del Gobierno son DELEGADOS DEL PUEBLO Y NO TIENEN MAS FACULTADES QUE LAS QUE EXPRESAMENTE LES DA LA LEY” La Asamblea, al dictar la Ley de Amnistía, olvidó que no podía actuar a sus anchas sino dentro de los límites EXPRESOS que le otorga la Constitución

Después de leer y entender las disposiciones constitucionales referidas, resulta una blasfemia jurídica afirmar, como lo hizo la Sala de lo Constitucional en la resolución referida, que sus sentencias constituyen una AUTENTICA CREACION DE NORMAS SUBCONSTITUCIONALES Existen normas constitucionales No existen normas subconstitucionales La Sala de lo Constitucional, si bien puede declarar la inaplicabilidad de las leyes secundarias, no puede crear leyes constitucionales ni subconstitucionales

Blasfemia de la misma indole cometió esa Sala al decir que “la soberanía reside en la Constitución” Ya está dicho la soberanía reside en el pueblo no en la Constitución Esta es el documento dictado por el mismo pueblo para fijar los límites de su soberanía

El Art 131 No 26 consigna, entre las facultades de la Asamblea, la de “conceder amnistía 1o por delitos políticos, 2o por delitos comunes conexos con delitos políticos, y 3o por delitos comunes cometidos por un numero de personas que no baje de veinte Obsérvese que la Constitución no dejó a la Asamblea amplia facultad para conceder amnistía por cualquier delito Así, no podía otorgar amnistía, legalmente, a ocho guardias nacionales que durante el conflicto violaron y asesinaron a varias monjas norteamericanas, porque el homicidio agravado que cometieron no era político ni tenía conexión con un delito político ni había sido cometido por veinte personas o más

El Art 244 Cn , cuyo texto reproduce el Código Procesal Penal con el título de

PROHIBICION CONSTITUCIONAL, prescribe que la violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales, deberán estar especialmente penadas por la ley, y que las responsabilidades penales o civiles en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, NO ADMITIRAN AMNISTIA DURANTE EL PERIODO PRESIDENCIAL DENTRO DEL CUAL SE COMETIERON Pese a la anterior prohibición, la Asamblea, en la ley citada, concedió amnistía por todos los delitos cometidos con motivo o como consecuencia del conflicto armado, incluyendo los cometidos durante el periodo presidencial dentro del cual se dictó la ley

El Art 245 Cn dispone que los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente, y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la Constitución Según ese Art no se puede conceder amnistía, si al concederla se libera de responsabilidad civil al Estado y a los funcionarios y empleados públicos por delitos que esos hubieron cometido y que sean violatorios de los derechos consagrados en la Constitución, a menos que se haga reserva sobre la responsabilidad civil La Ley de Amnistía no hizo reserva sobre tal responsabilidad

La LEY DE AMNISTIA GENERAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA PAZ, otorgó amnistía INCONDICIONAL por todos los delitos “COMETIDOS CON MOTIVO O COMO CONSECUENCIA DEL CONFLICTO ARMADO” No la otorgó unicamente por delitos políticos, comunes conexos con políticos y comunes cometidos por más de veinte personas, como lo preceptúa el Art 131 Cn La Amnistía comprendió todos los delitos, de cualquiera naturaleza,

incluso los que lesionan la administración de justicia, como el soborno, el prevaricato y la retardación de justicia, que sólo una mente atrabiliaria puede calificar de políticos y cuyo único nexo con el conflicto fue haber sido causa del mismo en razón de la injusticia que se instituyó en el país desde 1984. La concesión amplísima violó el Art. 131 Cn No. 26. Además, al concederla por todos los delitos cometidos como consecuencia de la guerra civil, se extendió a los delitos comprendidos durante el período presidencial que terminará en junio de este año (1994), atropellando así el Art. 244 Cn. En esa Ley no se hizo reserva de que los funcionarios y empleados públicos que cometieron delitos violatorios de la Constitución, quedaban obligados, juntamente con el Estado, a la indemnización correspondiente por los daños materiales y morales causados. De esa manera se conculcó el Art. 245 Cn.



La referida Ley, por haber violado los Arts. que regulan la facultad de conceder amnistía, era inconstitucional.

El señor Joaquín Cáceres Hernández, en su carácter de ciudadano salvadoreño, solicitó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declarara la inconstitucionalidad de esa Ley. La Sala declaró improcedente la solicitud. Sus argumentos principales fueron que el Órgano Legislativo y el Ejecutivo necesitan disponer de un "margen de arbitrio para conducir el Estado", que los asuntos de carácter político han sido delegados a la completa discreción de esos Órganos, y que la amnistía es de carácter político. La Tesis del arbitrio y de la amplia delegación es totalmente contraria a la letra y al espíritu de la Constitución.

Al fundamentar su denegatoria la Sala hizo amplio análisis de los conceptos de amnistía y soberanía, y gastó cientos de palabras para arribar a la conclusión de que

la potestad de conceder gracia o clemencia es manifestación de la soberanía y consecuentemente, es acto eminentemente político. No puede negarse que la concesión de amnistía es una manifestación de la soberanía ni que es un acto político, pero partiendo de esa premisa no se podía concluir que la Sala carecía de competencia para conocer de la demanda sobre inconstitucionalidad de la ley impugnada, y menos que al conocer excedería su competencia e invadiría el campo de los otros poderes del Estado. Esa conclusión es falsa y sofisticada. El Art. 183 Pn. claramente dispone que la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y **podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano**.

El argumento de que otorgar amnistía es acto de carácter político hubiese tenido cierta validez si se le hubiera pedido a la Sala determinar si la amnistía era conveniente o no para la paz social, apreciación que sólo correspondía hacer al Órgano Legislativo. Pero a la Corte no se le pidió examinar esa alternativa, sino si la amnistía se había otorgado dentro de los cánones constitucionales, respetando las disposiciones que la regulan. La Corte jamás pudo declarar la inconstitucionalidad de la Ley, con el argumento de que la amnistía no era medida política que se acomodaba a las circunstancias del momento político, pero si pudo hacerlo, aún considerando que si se acomodaba a esas circunstancias, si se había dictado violando las normas constitucionales.

EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El Art. 240 Cn. se refiere al enriquecimiento ilícito. Empieza diciendo que

los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la hacienda pública o municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido CONFORME A LAS LEYES Esa responsabilidad la señala el Art 447 Pn que castiga el enriquecimiento ilícito con prisión de seis meses a seis años

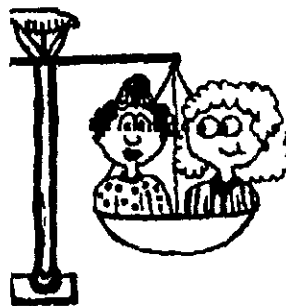
La disposición establece la presunción de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que ha tomado posesión de su cargo hasta aquella en que ha cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de sueldos y emolumentos percibidos legalmente e incrementos de capital o de ingresos por cualquier otra causa justa Para determinar el aumento, el capital y los ingresos, se considerarán en conjunto los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos

Se impone a los funcionarios y empleados que la ley determine la obligación de declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia dentro de los sesenta días siguientes a la toma de posesión del cargo

Se confiere a la Corte Suprema la facultad de tomar providencias para comprobar la veracidad de las declaraciones, que debe mantener en reserva y únicamente servirá, para los efectos señalados en la disposición Se impone también a los funcionarios y empleados la obligación de hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios al cesar en sus cargos Por último se consigna que los juicios por enriquecimiento sin justa causa sólo podrán incoarse dentro de los diez años siguientes a la fecha en que haya ocurrido la cesación de funciones

Esta figura del enriquecimiento ilícito apareció en 1948 por medio de una ley que dictó el Consejo Revolucionario de Gobierno al asumir el poder después de haber derrocado al Presidente de la República General Salvador Castaneda Castro La ley se dictó con efecto retroactivo, y al efecto se hicieron reformas constitucionales que negaban las principales garantías constitucionales a los procesados Fue recibida con beneplácito porque se pensó que el nuevo gobierno, autodenominado revolucionario, iba a realizar una verdadera revolución, dentro de la cual tenía justa cabida el enjuiciamiento y castigo de los culpables de malversaciones de caudales públicos y de maniobras fraudulentas en perjuicio de la administración pública Pero la ley se derogó por el propio Gobierno Revolucionario después de su fracaso, que se debió, en términos generales, a que el impulso revolucionario se quedó nada más en impulso y la revolución prometida, nada más en promesa Y en términos específicos, a que se aplicó con parcialidad y discriminación, lo cual le restó respaldo popular Esto se evidenció cuando casi todos los Jurados llevados a cabo, menos uno, fueron absolutorios

La Ley de Probidad no produjo resultado beneficioso Tampoco lo ha producido la norma constitucional heredada del Consejo de Gobierno Revolucionario, ni el Art 447 Pn Ni el Juzgado de Probidad que se creó inicialmente, ni las Cortes Supremas de Justicia electas desde 1950 hasta ahora (1994) no han investigado la veracidad de las declaraciones que pre-



sentan los funcionarios y empleados cuando entran y salen de la administración pública

Allá por el año de 1953 me atreví a escribir que la disposición constitucional relativa sobre enriquecimiento ilícito, no servía para nada. El Presidente de la Corte de entonces contestó que todos los funcionarios y empleados cumplían con la obligación de declarar su capital al ingresar a la administración pública, pero no dijo nada sobre si se verificaban dichas declaraciones, ni si las

rendían los funcionarios y empleados cuando cesaban en sus funciones. Esto actualmente sigue siendo misterio. En los últimos cuarenta años hemos visto surgir cuantiosas fortunas de funcionarios y empleados públicos que pacen o pastan tranquilos a la sombra del Presupuesto Nacional y se atorran con el pasto o forraje presupuestario, y hemos visto cómo ordeñan, afanosa y escandalosamente, las ubres del Erario Nacional. Todo pasa como si no pasase nada y así vamos pasando

San Antonio, Texas, febrero de 1994

