



Análisis Legal e Institucional

I. Contexto

La pandemia por el COVID-19, ciertamente es un riesgo para la salud pública, y por ello los servidores públicos tienen una gran responsabilidad para proteger a la población. Esta labor demanda eficacia –lo cual se relaciona con capacidad técnica y estratégica-, pero también un compromiso con el respeto a los derechos fundamentales. Durante el manejo de la emergencia sanitaria diversos servidores públicos han realizado algunas acciones cuestionables en cuanto a su conformidad con la ley y al respeto de los derechos fundamentales. Otras veces han desobedecido, reiteradamente, las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional. Esto ha quedado evidenciado en resoluciones de distintas instituciones públicas, por ejemplo:

1. En las sentencias de hábeas corpus, en las que la Sala de lo Constitucional ha decretado medidas cautelares.
2. En el hábeas corpus 148-2020, mediante el cual se protege a varias personas que sufrieron abusos y se establece, con efectos generales, que el Presidente de la República y las instituciones de seguridad tienen constitucionalmente prohibido realizar privaciones de libertad sin una ley que garantice una serie de exigencias constitucionales, o sin que se comprueben, respecto de cada afectado, los supuestos del art. 136

La violación a derechos constitucionales durante la emergencia acarrea consecuencias patrimoniales y penales

del Código de Salud; resuelve que las bartolinas no se pueden usar para internar a las personas detenidas por romper la cuarentena; y que carecen de base legal las intervenciones policiales o administrativas sobre bienes o derechos patrimoniales por esa misma causa.

3. En varios informes emitidos por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH); por ejemplo, en el segundo informe que ha presentado a la Sala de lo Constitucional, en el contexto del hábeas corpus 148-2020, ha concluido que: “A partir de los datos presentados puede establecerse que la práctica de detenciones ilegales o arbitrarias por el mero incumplimiento de la cuarentena se ha mantenido durante el periodo correspondiente al presente reporte”¹. En similar sentido, estableció: “Vemos con preocupación que las medidas cautelares emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en diversos casos no han sido acatadas o solo parcialmente [...]”.

Teniendo en cuenta que en un Estado de derecho los funcionarios están sometidos a la ley y son responsables de sus acciones, es oportuno exponer las soluciones que sobre esto contienen la Constitución y las leyes en El Salvador, en cuanto a la responsabilidad patrimonial y a la responsabilidad penal.

¹ Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. (4 de mayo de 2020). Segundo Informe para ser presentado a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento a lo delegado en la resolución de fecha 15-IV-2020, en el proceso HC-148-2020.



II. Algunas normas constitucionales aplicables

Constitución

Art. 245.- 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 esta Constitución.

Art. 236, Inc. 1°: 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, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan.

Art. 238, Inc. final: Si el Presidente, Vicepresidente de la República o un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos, podrán ser detenidos por cualquier persona.

III. Análisis

A. Responsabilidad patrimonial

El art. 245 Cn. establece que todo servidor público es responsable, con su propio patrimonio, por los daños que pudiese ocasionar en el ejercicio de sus funciones, como una violación a los derechos que otorga la Constitución a la ciudadanía.

La Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) contiene en el capítulo IV del Título II, la regulación de “la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y de los Servidores Público”, con reglas específicas en el caso que se refiere a la violación de derechos fundamentales, así:

“Reglas Especiales en el Caso de Reclamación por Violación de Derechos Constitucionales

Art. 60.- Cuando los daños y perjuicios tengan su causa en la violación de derechos constitucionales, de conformidad con el artículo 245 de la Constitución de la República, para su reclamación, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

- 1. La responsabilidad es personal, de tipo subjetiva y recae directamente en el servidor público. La responsabilidad del servidor público se extiende aun a los supuestos en los que en su actuación haya podido existir un error excusable y no se extingue por el hecho de haber cesado en el cargo;*
- 2. La reclamación de daños y perjuicios por violación a los derechos constitucionales, no depende de que exista una Sentencia estimatoria de amparo; y,*
- 3. En estos casos, la responsabilidad del Estado es subsidiaria, lo que significa que responderá únicamente cuando dentro de la fase de ejecución del proceso de reclamación, se constate que el funcionario no posee suficientes bienes para pagar. En este caso, el Estado podrá ejercer las pretensiones que correspondan contra el servidor público responsable para recuperar lo pagado”.*

Nótese que para reclamar indemnización por esa causa no hace falta un proceso de amparo, pero ciertamente cuando este existe (o un habeas corpus), ya hay un antecedente de que la violación ha existido, aunque sigue siendo necesario un nuevo proceso para dicha reclamación. **La Sala de lo Constitucional ha señalado que al afectado por violación de derechos le queda “expedita [...] la vía judicial indemnizatoria por los posibles daños causados como consecuencia de la vulneración a sus derechos, directamente contra la persona que las cometió”** (sentencia de amparo 154-2014, del 25 de abril de 2016).

Alternativamente al juicio de daños en tribunales civiles y mercantiles, con la entrada en vigencia de la LPA, se habilitó la vía administrativa para hacer las reclamaciones patrimoniales por daños (art. 61 y 62 LPA). Esta deberá iniciarse dentro de los dos años siguientes en que se cometió el daño o violación, que se hayan declarado los efectos lesivos, o que se haya declarado judicialmente la ilegalidad, por lo que la persona afectada deberá ejercer su petición frente a la máxima autoridad contra la que se reclama y se seguirá el procedimiento administrativo común. Adicionalmente, en caso de no lograrse el resarcimiento por esa vía, queda la posibilidad de trasladar el litigio a los tribunales contencioso administrativos (art. 64 y siguientes LPA).

Todo funcionario que haya violado derechos constitucionales, y que esto le haya causado un daño moral o material a una persona, puede ser demandado por quien se considere ofendido². Si fuere condenado, responderá personalmente con su propio patrimonio. En todos estos casos, al no tratarse de responsabilidad penal, no aplica la prerrogativa del antejuicio que de conformidad con el art. 236 Cn. gozan ciertos funcionarios. **Por ello, cualquier servidor público, desde la más alta jerarquía del poder público en donde se toman las decisiones, hasta quien las traslada y quien las ejecute materialmente, como podrían ser los miembros de los cuerpos de seguridad y de defensa, o de otra cartera estatal, pueden ser objeto de reclamaciones judiciales, por los daños que se produjeren en las personas cuando se violenten sus derechos fundamentales.**

B. Responsabilidad Penal

Delitos que pueden ser cometidos por funcionarios en el contexto de la emergencia por COVID-19

Existen acciones u omisiones que están tipificadas como delitos en el Código Penal (CP), por lo que quien las cometa puede ser

sancionado con una pena de prisión. **En el contexto de la pandemia, algunos funcionarios pueden haber incurrido en uno o más de ellos, por lo que deben estar conscientes que sus acciones les pueden acarrear responsabilidad patrimonial y penal. Así, por ejemplo:**

- Privación de libertad (art. 148 CP): por la retención de las personas en contra de su voluntad, sin contar con una ley que expresamente habilite a hacerlo.
- Limitación ilegal a la libertad de circulación (Art. 152-A CP): al implementar restricciones a la libertad de tránsito sin contar con una ley que expresamente habilite a hacerlo.
- Coacción (art. 153 CP): al hacer uso desmedido de la fuerza para impedir que se ejerza un derecho fundamental.
- Allanamiento sin autorización legal (art. 189 CP): aplica cuando un funcionario viola la morada sin autorización judicial o legal para realizarlo.
- Privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública (art. 290 CP): cuando un funcionario realiza, acuerda, ordena o permite la privación de libertad a una persona sin contar con una ley que expresamente habilite a hacerlo.
- Allanamiento de lugar de trabajo o de establecimiento abierto al público (art. 300 CP): aplica a la violación de lugar de trabajo o de establecimiento abierto al público por cualquier persona, incluso por funcionario, por ingresar o permanecer dentro en contra de la voluntad del titular.
- Actos arbitrarios (art. 320 CP): por sobrepasarse las facultades legales y constitucionales.
- Desobediencia (art. 322 CP): por irrespetar las sentencias de Sala de lo Constitucional u otro ente jurisdiccional.
- Apología del delito (art. 349 CP): al hacerse el llamado público o incentivar a que se cometa algún delito.

2. La responsabilidad patrimonial también se puede derivar de la comisión de delitos. La Ley de Procedimientos Administrativos estipula al respecto: "La responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración Pública, así como la responsabilidad civil derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente".

En El Salvador, la responsabilidad penal solo puede ser aplicable a las personas naturales, considerando los posibles delitos y los grados de participación establecidos en el Código Penal, excluyendo la responsabilidad penal de personas jurídicas y, claro está, de instituciones públicas. **Así, un funcionario puede cometer delitos que los particulares no pueden, y para no incurrir en ellos deben respetar el principio de legalidad establecido en el art. 86 Cn.: “los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.**

A diferencia de lo que ocurre en los procesos por responsabilidad patrimonial, dependiendo del cargo del funcionario imputado, antes del procesamiento judicial, puede ser necesario un antejuicio en la Asamblea Legislativa (arts. 236 y 238 Cn., 419 y sucesivos del Código Procesal Penal). Esta es una prerrogativa diseñada para que no se instrumentalice el proceso penal injustificadamente contra un funcionario con fines meramente políticos, y supone que después de que el FGR considera que existen indicios de que dichos funcionarios han cometido delitos, antes de llevar el caso a los tribunales, debe presentarlo ante la Asamblea Legislativa (o ante la CSJ cuando se trata de funcionarios judiciales), para que determinen si hay lugar al proceso penal. Los funcionarios que gozan de esta prerrogativa 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. **Así como la figura del antejuicio persigue entre otros aspectos que no se instrumentalice un proceso penal con fines políticos,**

también no debe servir para que exista impunidad, en el sentido de que se utilice para evitar el enjuiciamiento penal de un funcionario cuando se haya cometido una conducta tipificada como delito.

Posibles grados de participación

Constitucionalmente, la responsabilidad objetiva está prohibida en El Salvador, es decir, que las personas solo pueden ser condenadas por la comisión de un delito si actuaron con dolo (la voluntad de cometer el delito) o culpa (faltar a normas de cuidado o precaución).

Por ello, el Código Penal ha regulado a quiénes se les puede atribuir la responsabilidad penal y la dureza de la pena que pueden recibir, teniendo en cuenta el grado de participación que cada individuo haya tenido en la consumación de un delito. De tal forma, por ejemplo, **se puede atribuir culpabilidad tanto para el funcionario que emite una orden ilegal, así como el que la ejecuta**, pues estos pueden actuar en cualquiera de los siguientes grados (arts. 32 al 39 CP):

- Autores directos o coautores: son quienes personalmente cometen el delito.
- Autores mediatos: son quienes ocupan a un tercero para cometer el delito, también conocido doctrinariamente como autor intelectual.
- Instigadores: los que dolosamente motivan a otras personas a cometer un delito.
- Cómplice necesario: los que cooperan con el autor del delito de tal manera que este no se habría logrado cometer sin su participación.
- Cómplice no necesario: quien coopera de alguna manera con la consumación del delito o posterior a su realización.

Eximentes de responsabilidad penal y cuáles no aplican por violación a derechos fundamentales en el contexto de la emergencia por COVID-19

Cabe resaltar que el legislador también planteó escenarios en los que las personas se vean excluidas de la responsabilidad penal, a pesar de haber cometido un delito. Sin embargo, el estar frente a un eximente o excluyente de responsabilidad no significa que la persona se libera automáticamente del proceso penal en su contra, sino que durante el juicio correspondiente deberá comprobarse que la persona, si bien cometió el delito, lo hizo actuando dentro de alguno de los supuestos, por los que no debe de recibir una pena. En otras palabras, la acción cometida deja de ser punible a pesar de ser antijurídica.

Para efectos del presente análisis, se hace énfasis en dos de los excluyentes de responsabilidad: el cumplimiento de una orden por la obediencia debida (art. 27 CP) y los errores de tipo vencible e invencible (art. 28 CP).

Obediencia debida

El art. 27 CP regula varios supuestos en los que una persona, incluidos los funcionarios, no tendrán responsabilidad penal por haber cometido un delito en cumplimiento de un deber legal, o por salvaguardar los derechos de otras personas o de sí mismos, entre otros supuestos. El elemento clave para que opere ese eximente de responsabilidad es la legalidad de la actuación, es decir, que el delito se haya cometido realmente en cumplimiento de un deber legal o para salvaguardar derechos.

Es por ello que, en concordancia con todo el análisis expuesto, la Sala de lo Constitucional ha sido clara al manifestar que toda “violación de las disposiciones constitucionales es sancionada especialmente, y que la

responsabilidad por dichas infracciones es a título personal por los daños y perjuicios que se ocasionaren – artículos 244 y 245 Cn. –; **también deberá recordarse que en la violación de derechos humanos o fundamentales, no opera la obediencia debida, y que ante la vulneración de aquellos, responden tanto los que ordenan dichas violaciones, como los que las ejecutan y los que las consienten**³. De esta forma, **los funcionarios que emitan, trasladen o ejecuten órdenes evidentemente inconstitucionales, que generan violaciones a derechos fundamentales, no estarán actuando dentro de un marco legal permitido, por lo que no opera a su favor el eximente de responsabilidad y deberán afrontar la responsabilidad penal correspondiente.**

Error invencible

De acuerdo con la Sala de lo Penal, “el autor del hecho debe de conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto, cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de esos elementos trae como consecuencia la exclusión del dolo”⁴. Si bien el art. 8 del Código Civil establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley, el Código Penal considera el “error de tipo invencible” como eximente de responsabilidad (art. 28 CP). El juez competente en materia penal debe considerar si las personas que han cometido un delito lo hicieron por tener desconocimiento de la ilicitud de sus actos y, de ser así, se ve excluido de la responsabilidad penal.

Los servidores públicos solo están habilitados para realizar las atribuciones que expresamente les da la ley, por lo que fácilmente pueden conocer la legitimidad o licitud de sus actos, debiendo estar conscientes que cometer violaciones a derechos humanos constituye delito, por lo que difícilmente pueden ampararse bajo la figura del error invencible. Además, el desconocimiento parece aún menos

3. Sala de lo Constitucional, sentencia de Habeas Corpus del 8/IV/2020, ref.: 148-2020.

4. Sala de lo Penal, sentencia del 30/IX/2003, ref.: C 68-03.

probable en cuanto a la desobediencia de resoluciones judiciales, emitidas por la Sala de lo Constitucional u otro tribunal, en las que claramente se establecen los mandatos a cumplir. Tampoco parece factible para aplicarse en funcionarios de alto rango que deben conocer sus facultades legales.

IV. Conclusiones

Los funcionarios solo pueden actuar conforme a lo que la ley expresamente les habilita a hacer, de lo contrario están expuestos a incurrir personalmente en responsabilidades patrimoniales o penales. Por ello, es importante que durante la crisis sanitaria que se está viviendo, los servidores públicos ejerzan sus funciones respetando el ordenamiento legal y los derechos fundamentales de la población.

Este es el caso cuando en el contexto de la emergencia por COVID-19 se hayan violado derechos fundamentales, en situaciones tales como cuando se haya privado ilegalmente de libertad a las personas, uso excesivo de la fuerza pública, o se hayan desobedecido resoluciones judiciales. Como se ha expuesto, existen resoluciones de la Sala de lo Constitucional e informes de la PDDH que dan cuenta de que esas violaciones han ocurrido.

La Fiscalía General de la República como institución a quien de acuerdo a la Constitución le corresponde promover la acción penal y dirigir la investigación del delito, tiene un rol muy importante ante las actuaciones de funcionarios en contra del ordenamiento legal y en particular ante el cometimiento de conductas que puedan ser calificadas como delitos.