



Análisis legal e institucional

El Salvador necesita una Ley de Probidad respetuosa de la Constitución

I. INTRODUCCIÓN

La *probidad pública* es la honradez y rectitud en el ejercicio de la función pública, y está tutelada por la Constitución de la República, principalmente en el art. 240 Cn. Esta disposición establece la obligación de los funcionarios y empleados públicos de presentar una declaración patrimonial ante la Corte Suprema de Justicia (CSJ), al asumir su cargo y al cesar del mismo. Si de las declaraciones patrimoniales presentadas y de los actos de verificación que realiza la Sección de Probidad, la CSJ considera que hay indicios de enriquecimiento ilícito, entonces debe ordenar un “juicio por enriquecimiento sin causa justa”, para que se determine si existen recursos del Estado que han sido sustraídos ilícitamente, y que se ordene su restitución. Así, la Constitución procura prevenir y combatir el flagelo de la corrupción, que debilita al Estado de derecho y obstaculiza el desarrollo del país.

El art. 1 Cn. establece que “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común”. **Por lo tanto, el Estado está obligado a garantizar condiciones mínimas para el desarrollo de los habitantes, condiciones que se anulan o disuelven en contextos en los que prevalece el interés de quienes, valiéndose de un cargo público, anteponen sus intereses personales al bien común de la sociedad. Sobre todo, si para ello se enriquecen ilícitamente a costa de**

los recursos públicos, que están destinados a resguardar los derechos y las necesidades fundamentales de todos los salvadoreños, tales como la educación, la salud y la seguridad.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha manifestado que “en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, la corrupción tiene una incidencia muy importante, pues es uno de los factores que puede impedir al Estado adoptar las medidas necesarias [...] hasta el máximo de los recursos disponibles [...] a fin de lograr progresivamente [...] la plena efectividad de tales derechos”¹. La corrupción, por lo tanto, afecta el ejercicio de los derechos fundamentales que el Estado está obligado a resguardar y debilita la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública.

Así, por ejemplo, cuando un juez acepta un soborno, se anula su imparcialidad, con lo cual se viola el derecho a una pronta y cumplida justicia. De igual forma, cuando se sustraen ilícitamente recursos destinados a fortalecer el sistema público de salud, se genera escasez de medicinas y un mal servicio, con lo cual se viola el derecho humano a la salud, estrechamente vinculado con el derecho a la integridad personal y a la vida. Por estos motivos, es importante tutelar la probidad en la Administración Pública, tal como lo ordena la Constitución, a través de una ley que respete lo establecido en el art. 240 Cn.

¹ CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001. Capítulo II, G., párr. 48. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/cap.2.htm>



II. ANTECEDENTES

En 1959, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (LEIFEP), con el fin de desarrollar los contenidos constitucionales del entonces art. 217 de la Constitución de 1950, hoy art. 240 de la Constitución de 1983. **Si bien la LEIFEP sufrió algunas reformas en 1959, 1974 y 1992, actualmente se encuentra desfasada y prevé sanciones insignificantes -desde 100 colones- por no presentar la declaración patrimonial. Esto crea un incentivo perverso para incumplir con esta obligación, o hacerlo de forma parcial o incompleta, lo que aunado a otros factores, conlleva a que en El Salvador haya un deficiente control del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos.**

Ante esta realidad, y con el objetivo de contribuir a la discusión y elaboración de una nueva ley que reuniera los más altos estándares en materia de prevención y combate a la corrupción, varias organizaciones de la sociedad civil, sectores de la academia y expertos nacionales e internacionales, junto con funcionarios de la Sección de Probidad, del Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP), de la Corte de Cuentas de la República (CCR) y del Tribunal de Ética Gubernamental (TEG), entre otros², iniciaron una ronda de reuniones para elaborar un nuevo proyecto de Ley de Probidad Pública, que sirviera como un valioso insumo de trabajo en la Asamblea Legislativa. Este proceso inició el 25 de julio de 2013 y culminó el 18 de septiembre de 2014.

En concreto, se buscó: 1) fortalecer a la Sección de Probidad, elevándola a una Dirección de Probidad, con plenas facultades para verificar el contenido de las declaraciones patrimoniales (incluyendo información protegida por el secreto bancario), y con la facultad de imponer multas ante un incumplimiento a la ley; 2) incluir entre los sujetos obligados a presentar

² Otras instituciones que estuvieron presentes en algunas de las reuniones fueron la entonces Subsecretaría de Transparencia de la Presidencia y la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF). Por parte de la sociedad civil, estuvo presente la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), la Iniciativa Social para la Democracia (ISD), la Fundación Democracia-Transparencia-Justicia (Fundación DTJ), la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), la Fundación Dr. Guillermo Manuel Ungo (FUNDAUNGO), la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) y la Asociación de Periodistas de El Salvador (APES). Del sector de la academia, se contó con la presencia de la Universidad Dr. José Simeón Cañas (UCA), la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN), la Universidad José Matías Delgado (UJMD), y la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer (USAM).

una declaración patrimonial, a las personas naturales que administren fondos o recursos del Estado, a los miembros de las juntas directivas de las sociedades de economía mixta, y a exfuncionarios; 3) robustecer el sistema de sanciones administrativas, elevando sustancialmente el monto de las multas; y 4) establecer más supuestos en los que se deba presentar una declaración patrimonial.

El 17 de octubre de 2014, la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), la Iniciativa Social para la Democracia (ISD), la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), y la Fundación Democracia-Transparencia-Justicia (Fundación DTJ), presentaron a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Probidad Pública, producto de ese esfuerzo desde la sociedad civil por instaurar altos estándares de probidad en la Administración Pública.

Luego, el 13 de abril de 2015, un grupo de organizaciones civiles decidieron unir esfuerzos y conformar el “Equipo Gestor de la Ley de Probidad Pública”, con la finalidad de impulsar la pronta aprobación de una adecuada Ley de Probidad. De esta forma, se unieron FUSADES, ISD y Fundación DTJ, junto con la Fundación Nacional para el Desarrollo –Capítulo Nacional de Transparencia Internacional (FUNDE-TI), la Universidad Francisco Gavidia (UFG), y la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP). Posteriormente, en septiembre de 2015, se unió el Centro de Estudios Jurídicos (CEJ). Además, el Equipo Gestor cuenta con el acompañamiento y apoyo de algunas redes de jóvenes, entre las que destaca la organización Juventudes Socialdemócratas de El Salvador (JSD).

Como Equipo Gestor, se ejecutaron dos campañas en medios y diversas actividades para concientizar a la población sobre la importancia de que se aprobara una adecuada Ley de Probidad. En estos eventos, se contó con la participación de diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano (PARLACEN), magistrados de la CSJ y de la CCR, Comisionados del IAIP, Consejeros del Consejo Nacional de la Judicatura, representantes de la Secretaría de

Participación Ciudadana, Transparencia y Anticorrupción, y miembros del cuerpo diplomático acreditado en el país.

El 26 de octubre de 2015, el Equipo Gestor asistió como invitado a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa. En dicha ocasión, se entregó un cuadro comparativo de tres documentos: la LEIFEP vigente, el proyecto de Ley de Probidad que se presentó en octubre de 2014, y otro proyecto de ley que fue elaborado por técnicos de la referida Comisión. En esta ocasión, se reiteró a los diputados el llamado a aprobar la mejor ley posible y se les invitó a retomar lo mejor de cada uno de los proyectos.

Así, por ejemplo, el art. 29 de la propuesta impulsada por el Equipo Gestor establece que las declaraciones patrimoniales deben mantenerse en reserva, pero se señaló que ante la sentencia del IAIP del 25 de julio de 2015³, que determinó que deben entregarse versiones públicas de las declaraciones, debía desecharse el mencionado artículo, tal como lo hizo la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales. **Asimismo, se señaló que el juicio civil por enriquecimiento ilícito que ordena el art. 240 Cn., debe estar incluido dentro de la Ley de Probidad, con el fin de que se restituyan los bienes del Estado. Por lo tanto, se manifestó que este punto debía “corregirse”, ya que “la nueva ley debe dar cumplimiento al art. 240 Cn.”⁴.**

Cabe destacar que la omisión del juicio civil por enriquecimiento ilícito fue reiteradamente señalada a través de diversos comunicados en prensa y a través de las redes sociales, antes de que se aprobara la ley. **Por ejemplo, en un comunicado del 15 de diciembre de 2015, el**

3 Sentencia NUE69-A-2015 del 25 de julio de 2015. El IAIP ordenó que la CSJ entregara una versión pública de una declaración patrimonial en poder de la Sección de Probidad, que había sido solicitada por un ciudadano. Para llegar a la apertura de esta información, el IAIP partió de una interpretación sistemática de la Constitución, que incluye la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el derecho fundamental de acceso a la información pública, para concluir que la mención a la reserva en el art. 240 Cn., no puede entenderse de forma aislada y absoluta, por lo que es posible entregar una versión pública de las mismas, siempre y cuando se resguarde la información confidencial que puedan contener.

4 En la filmina no. 15 de la presentación que se dio a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, el 26 de octubre de 2015, se lee lo siguiente: “Ambos proyectos omiten el juicio por enriquecimiento ilícito que contempla la LEIFEP ante la Cámara de lo Civil, lo cual debe corregirse. Debe existir un mecanismo efectivo para iniciar, independientemente de cualquier juicio penal, un proceso para que se determine si el Estado debe ser restituido. La nueva ley debe dar cumplimiento al art. 240 Cn., que establece que el Estado debe ser restituido”.

Equipo Gestor señaló que “el mencionado juicio por enriquecimiento ilícito al que se refiere el artículo 240 de la Constitución, no es el que surge como consecuencia del ejercicio de la acción penal, ni de la acción de extinción de dominio, que tienen su investigación a cargo de la Fiscalía General de la República, sino que se trata de un juicio civil especial, a través del cual se busca restituir al Estado los bienes obtenidos ilícitamente (...)”⁵.

Pero además, durante la sesión plenaria del 16 de diciembre de 2015, en la que se discutió y aprobó la Ley de Probidad, diputados de al menos tres distintos partidos políticos advirtieron que estaban por aprobar una normativa con claros vicios de inconstitucionalidad, debido a la omisión de este juicio⁶.

Este punto, sin embargo, no fue corregido por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, ni reparado por el pleno de la Asamblea Legislativa que, el 16 de diciembre de 2015, aprobó con 47 votos el Decreto Legislativo no. 225, que contiene la nueva Ley de Probidad. El referido decreto fue sancionado por el Presidente de la República el 23 de diciembre de 2015, el último día hábil del año, y enviado a la Imprenta Nacional para su publicación en el Diario Oficial no. 237, tomo no. 409, de la misma fecha⁷. Esto no se comunicó en ese momento a la población, sino hasta en enero de 2016, luego de que trascendiera que el decreto ya había sido enviado al Diario Oficial para su publicación⁸.

Por este motivo, el 7 de enero de 2016, el Equipo Gestor presentó una demanda de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ, la cual fue suscrita por FUSADES, ISD, Fundación DTJ, FUNDE, ANEP y el CEJ. El 11 de enero de 2016, la Sala de lo Constitucional dio por admitida la demanda y ordenó, como medida cautelar,

5 Comunicado del Equipo Gestor, publicado el 15 de diciembre de 2015, en una página completa de La Prensa Gráfica, El Diario de Hoy y Diario El Mundo.

6 Diputados del Partido de Concertación Nacional (PCN), de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), y del Partido Demócrata Cristiano (PDC), advirtieron durante la plenaria del 16 de diciembre de 2015, que la Ley de Probidad que estaba por aprobarse contenía vicios de inconstitucionalidad, al suprimir el juicio civil por enriquecimiento ilícito. ARENA votó en contra y el PDC se abstuvo; el PCN sí dio sus votos a favor de la ley.

7 El Diario de Hoy, “Sánchez Cerén sancionó la Ley de Probidad en tiempo récord”, 5 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.elsalvador.com/articulo/nacional/sanchez-ceren-sanciono-ley-probidad-tiempo-record-97806>

8 *ibid.*



la suspensión de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Probidad, manteniéndose en vigencia la LEIFEP. Esto permite que la Sección de Probidad pueda continuar recibiendo y verificando las declaraciones patrimoniales, y que la CSJ en Pleno pueda iniciar, en aquellos casos en que existan indicios de enriquecimiento ilícito, los respectivos juicios civiles que ordena la Constitución. Una segunda demanda de inconstitucionalidad, presentada por un ciudadano, fue admitida el 25 de enero de 2016⁹.

III. LA DOBLE VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE PROBIDAD APROBADA

A. Afectación al art. 240 Cn., por omitir el juicio civil por enriquecimiento ilícito

La norma de mayor jerarquía en el derecho salvadoreño es la Constitución. Esto significa que ninguna ley secundaria que sea aprobada por la Asamblea Legislativa puede contrariar su texto; si lo hace, debe ser expulsada del derecho por la Sala de lo Constitucional. El parámetro constitucional, en este caso, es el fijado por el art. 240 Cn., que prescribe lo siguiente:

“Art. 240 Cn.

Los funcionarios y empleados públicos que se enriquezieren 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.

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en

virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento”.

El art. 240 Cn., a grandes rasgos, tiene cuatro contenidos normativos: **1) los funcionarios y empleados públicos que se enriquezcan a costa de los recursos públicos, deben restituirlos al Estado;** 2) bajo ciertas circunstancias, se presume que existe enriquecimiento ilícito, para lo cual deben analizarse las variaciones en el patrimonio de los servidores públicos y de su grupo familiar, en conjunto; 3) la institución competente para conocer de todo lo relacionado con la presentación de la declaración patrimonial y de la verificación de la misma, es la CSJ; **4) existirá un juicio mediante el cual el Estado podrá obtener la restitución de los recursos que le hubieren sido sustraídos ilícitamente, diferente a la responsabilidad en que pueda incurrirse según otras leyes. Para este juicio,**

⁹ Sala de lo Constitucional, admisión de inconstitucionalidad con ref. 2-2016. Disponible en: <http://ow.ly/d/4geU>

que es de naturaleza civil, hay un plazo de prescripción de diez años contados desde que el funcionario o empleado público deja el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar al enriquecimiento ilícito.

Así lo estableció la Asamblea Constituyente en los documentos históricos de 1950, cuando se incorporó por primera vez el juicio por enriquecimiento ilícito en la Constitución, al señalar que *“si se va al fondo de estos preceptos, se nota que no se trata de una nueva figura delictiva. En efecto, se prevee (sic) la responsabilidad civil concretada en la restitución. (...) Por su carácter especial se establece un plazo especial de prescripción para iniciar el juicio. Pero si se probaren delitos, como cohecho, malversación, prevaricato, etc., se estará a las reglas generales”*¹⁰. El Constituyente de 1983 acudió a esta fuente original, según consta en las versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de 1983, y luego de analizarlo, determinó¹¹:

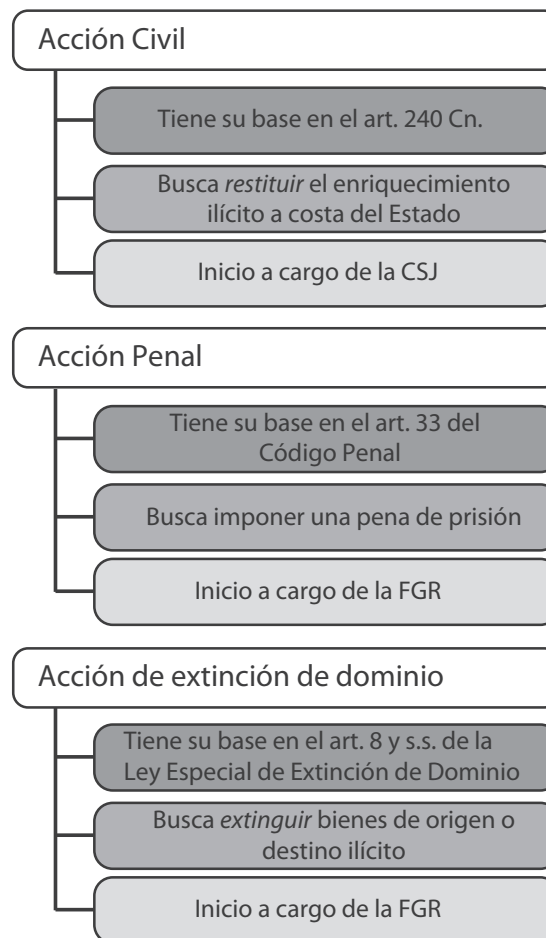
“Para la historia de la Constitución, (que) se entienda que este inciso se refiere a la acción civil [...] o sea al reclamo de restitución de los bienes que corresponden al Estado o a la municipalidad y que fueron sustraídos por el funcionario a quien se le pueda reclamar esa distracción de fondos”.

-Constituyente de 1983

Cuando se hace referencia a un juicio de naturaleza civil, significa que su propósito es solo que se restituya al Estado lo que siempre le ha pertenecido, y no pretende que de él resulte una sanción penal, como la pena de prisión, o una acción de extinción de dominio, con la cual pueden extinguirse bienes que nunca han pertenecido al Estado, pero que al provenir de actividades ilícitas, pasan a ser de este. Esto, desde luego, no significa que un funcionario no vaya a sufrir sanciones en esos ámbitos de responsabilidad. La Constitución claramente establece que los funcionarios estarán

obligados a restituir al Estado, *“sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes”*, lo cual significa que además de restituir, pueden sufrir, por el mismo acto de corrupción, otras consecuencias, como la pena de prisión que establece el art. 33 del Código Penal para el delito de enriquecimiento ilícito, u otras penas contenidas en leyes especiales, como la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, o acciones como la de extinción de dominio, regulada por la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita (en adelante, Ley Especial de Extinción de Dominio). Ver diagrama 1.

Diagrama 1. Diferencias entre acción civil, acción penal y acción de extinción de dominio



Fuente: elaboración propia.

¹⁰ Imprenta Nacional, “Documentos Históricos de la Constitución Política Salvadoreña de 1950”, (1951), pp. 176 y 177.

¹¹ Asamblea Legislativa. “Versiones taquigráficas que contienen discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983”. Tomo VIII, sesión del miércoles 23 de noviembre, p. 25.



La Asamblea Legislativa debe desarrollar en una ley las disposiciones del art. 240 Cn., pero respetando su contenido, dada la posición suprema de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Como se mencionó anteriormente, la primera legislación que desarrolló el tema es la LEIFEP, emitida en 1959, incluso antes que la Constitución de 1983, y es prácticamente obsoleta. Por ello, se ha señalado la imperiosa necesidad de aprobar una ley moderna que desarrolle el art. 240 Cn. y que cumpla con los tratados internacionales suscritos por El Salvador, que lo obligan a adoptar altos estándares para prevenir y detectar la corrupción y los conflictos de interés en la función pública. **A pesar de lo anterior, la LEIFEP posee la virtud de regular el juicio civil por enriquecimiento ilícito para restituir al Estado, en los siguientes términos:**

“Art. 8 ordinal 2º LEIFEP:

La Corte Suprema de Justicia podrá adoptar las providencias y resoluciones que a continuación se expresan:

2- Ordenar el secuestro preventivo de los bienes del funcionario o empleado público, contra quien aparecieren graves indicios de enriquecimiento ilícito comisionando para ello a un funcionario o autoridad judicial, quien procederá a dicho secuestro inmediatamente que reciba la orden escrita de la Corte Suprema de Justicia. (...)

Art. 9 LEIFEP:

Cuando del examen de las declaraciones de patrimonio [...] aparecieren indicios de enriquecimiento ilícito contra algún funcionario o empleado público, la Corte Suprema de Justicia pronunciará resolución ordenando a la Cámara de lo Civil de la Sección adonde corresponda el domicilio del empleado o funcionario, que inicie juicio por enriquecimiento ilícito contra éste, debiendo certificarle la documentación pertinente. (...)

Artículo 12 LEIFEP:

La Cámara de lo Civil competente al recibir la resolución de la Corte Suprema de Justicia pronunciará resolución

abriendo juicio por enriquecimiento ilícito contra el funcionario o empleado público de que se trate.

Cuando se iniciare el procedimiento, la Cámara de lo Civil notificará su primera resolución al Fiscal General de la República para que intervenga personalmente o por medio de delegado (...).”

Por lo tanto, y a pesar de que la LEIFEP es una ley con enormes deficiencias, sí desarrolla lo relativo al juicio civil por enriquecimiento ilícito, el cual, luego de 56 años desde que entró en vigencia la ley, se activó por primera vez en 2015, con el caso de un diputado de la actual legislatura y, posteriormente, con el caso de un exdirector del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS). Además, la CSJ ha informado de otros 30 casos que están en estudio¹².

La Ley de Probidad aprobada por la Asamblea Legislativa, el 16 de diciembre de 2015, era el cuerpo normativo llamado a modernizar la regulación del tema de probidad y sustituir a la LEIFEP. Sin embargo, tiene varias deficiencias, siendo la más grave de ellas, la omisión de la regulación del juicio civil por enriquecimiento ilícito. Además de no regularlo, el art. 49 de la ley aprobada lo elimina expresamente, de la siguiente manera:

“Art. 49 Ley de Probidad:

Los procesos pendientes se continuarán tramitando conforme a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos hasta su finalización, siempre que se haya iniciado el juicio sobre enriquecimiento ilícito ante la Cámara de lo Civil competente”.

En otras palabras, se pretende que la CSJ no pueda iniciar nuevos casos por presunto enriquecimiento ilícito, a pesar de que esta es una facultad que le otorga la Constitución, y que solo continúen los dos juicios civiles

¹² La Prensa Gráfica, “Comisión 5 magistrados supervisará probidad”, 9 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/01/09/comision-5-magistrados-supervisara-probidad>

por enriquecimiento ilícito que ya han sido elevados a la Cámara de lo Civil.

La Ley de Probidad aprobada elimina el juicio civil que puede iniciar la CSJ, y traslada a la Sala de lo Civil la facultad de dar un “aviso” a la Fiscalía General de la República (FGR), para que esta decida si inicia o no una acción penal o una acción de extinción de dominio¹³. Al respecto, cabe recalcar que la acción civil de restitución que regula el art. 240 Cn. tiene un carácter especial, establecido en la norma suprema, en relación con la acción penal o la de extinción de dominio, y por ello, estas últimas no pueden sustituirla, sino complementarla. El Constituyente decidió que cuando se trate de enriquecimiento ilícito a costa del Estado, haya un proceso civil concreto, a iniciativa de la CSJ, lo cual no coincide con las otras acciones, que además, están a cargo de la FGR.

Sobre la acción de extinción de dominio, regulada en la Ley Especial de Extinción de Dominio, el art. 8 la define como “una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial sobre los bienes [...] sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”. Por su parte, el art. 5 establece que la ley podrá aplicar sobre bienes que “proviengan de o se destinen a actividades [...] de la corrupción”. Además, el art. 6, literal c) considera que es presupuesto de extinción de dominio “cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.” A la vez, el art. 19 claramente establece que “en el marco de sus competencias constitucionales, corresponde a la Fiscalía General de la República [...] promover la acción de extinción de dominio ante los juzgados especializados”. Finalmente,

¹³ La Asamblea Legislativa retomó la propuesta de trasladar la facultad de imponer multas a la Sala de lo Civil, a partir de un proyecto de Ley de Probidad que fue presentado por un grupo de magistrados de la CSJ en 2006, liderados por el Dr. René Fortín Magaña. Sin embargo, al consultarle al respecto, el 9 de octubre de 2015, el Dr. Fortín Magaña manifestó: “En el 2006, había una coyuntura que nos impulsaba a esa tesis, de trasladar las facultades a la Sala de lo Civil. Pero estoy de acuerdo con que hoy se cambie la Sala de lo Civil por una Dirección de Probidad que tenga amplias facultades.”

el art. 10 aclara que “la acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso”.

Por lo anterior, la Ley Especial de Extinción de Dominio tiene aplicación en casos relacionados con el enriquecimiento ilícito, por ejemplo, cuando los bienes no provienen del Estado, pero son derivados de la corrupción o de otros ilícitos, o cuando el que se enriquece ilícitamente no es un funcionario o empleado público. Además, siendo que el art. 240 Cn. instituye un proceso restitutorio civil y otorga competencia para iniciar este proceso a la CSJ, mientras que la Ley Especial de Extinción de Dominio regula una acción de naturaleza autónoma -ni penal, ni civil- cuyo inicio está a cargo de la FGR, no puede sustituirse el mandato del Constituyente en la nueva ley. Como estas diferencias están establecidas en normas de distinta jerarquía (la Constitución frente a lo dispuesto en la Ley Especial de Extinción de Dominio, que es secundaria), la Ley de Probidad debe desarrollar un proceso que cumpla con los requisitos del art. 240 Cn.

B. Afectación al art. 144 Cn., por contrariar tratados internacionales

Sumado a lo anterior, El Salvador se ha adherido con posterioridad a la entrada en vigencia de la LEIFEP, a diversos instrumentos internacionales que le obligan a adoptar estándares y principios internacionales para prevenir y combatir la corrupción y los conflictos de interés en la Administración Pública. Estos son: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por El Salvador el 9 de julio de 1998, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), ratificada el 20 de mayo de 2004.

El art. 1 de la CNUC establece que una de sus finalidades es “promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”, por lo que los Estados se obligan a “garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir



la corrupción". **Con base en esta Convención, el Estado salvadoreño está obligado a garantizar la existencia del rol que la Constitución otorga a la CSJ, de prevenir actos de corrupción, a través del análisis de las declaraciones patrimoniales que para tal efecto presentan ante ella los servidores públicos.**

El art. 144 inciso 2° Cn. establece que "la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado". Por lo tanto, cuando un tratado anticorrupción, directamente relacionado con la protección de derechos fundamentales, es vulnerado por la ley secundaria, ocurre lo que la jurisprudencia constitucional denomina una vulneración por acción refleja a la Constitución. **Así, en una sentencia del 1 de abril de 2004, la Sala de lo Constitucional señaló que "si bien los tratados internacionales no constituyen un parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes –art. 144 inc. 2° Cn.- no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución". Por ende, "investidos por la Ley Suprema de mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, los tratados no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias. La transgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el art. 144 inc. 2° Cn."**¹⁴. Otro caso más reciente en el que la Sala de lo Constitucional ha reconocido una inconstitucionalidad por acción refleja, se encuentra en una sentencia del 28 de septiembre de 2012¹⁵.

IV. OTROS VACÍOS O RETROCESOS EN LA LEY DE PROBIDAD APROBADA POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Además de los dos vicios de inconstitucionalidad que ya han sido mencionados (la omisión del juicio civil por

¹⁴ Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad con ref. 52-2003/56-2003/57-2003, del 1 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/04/202E.PDF>

¹⁵ Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad con ref. 120-2007/123-2007, del 28 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/Sentencia%20120-2007.pdf>

enriquecimiento ilícito y la aprobación de leyes que transgreden el art. 144 inciso 2° Cn., al modificar o derogar lo acordado en tratados vigentes para El Salvador), hay otros vacíos o retrocesos en la Ley de Probidad que debilitan la prevención de la corrupción en el país. Estos se describen a continuación.

A. No se incorpora la declaración de conflictos de interés

Se propuso que, además de prevenir y detectar el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, la nueva Ley de Probidad incluyera un componente de prevención de los conflictos de interés en el ejercicio de la función pública.

En concreto, se propuso que toda declaración patrimonial expresara "cualquier participación, inversión o actividad en que los sujetos obligados, su cónyuge o conviviente, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (...), que de forma directa o indirecta, le genere un interés o beneficio". Esto, con el objeto de prevenir que los servidores públicos utilicen su cargo para favorecer a personas o empresas que les pueden reportar un beneficio. Si la Dirección de Probidad¹⁶ detectaba un potencial conflicto de interés, iba a estar en la obligación de informar al Tribunal de Ética Gubernamental, para que este aplicara las sanciones que procedieran.

Lo anterior, en atención a los compromisos internacionales asumidos por El Salvador en los instrumentos internacionales citados, y en línea con la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹⁷. **Incluir la declaración de conflictos de interés habría sido uno de los mayores avances en materia de probidad, y habría posicionado a la Ley de Probidad salvadoreña a la altura de la legislación más avanzada en el derecho comparado, como la Ley sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses, de Chile¹⁸, y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de México¹⁹.**

¹⁶ El Equipo Gestor proponía elevar a la Sección de Probidad al rango de Dirección (art. 6 del proyecto de ley).

¹⁷ Arts. 1, 20 y 21 de la Ley Modelo sobre Declaraciones de Intereses, Ingresos, Activos y Pasivos de Quienes Desempeñan Funciones Públicas. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_declaracion.pdf

¹⁸ Arts. 1, 7 y 54 de la legislación chilena. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=1086062&idParte=&idVersion=2016-01-05

¹⁹ Arts. 47 y 88 de la legislación mexicana. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/115.pdf>

Es curioso que, a pesar de que la Asamblea Legislativa decidió no regular lo relativo a la prevención de los conflictos de interés en la Ley de Probidad, sí dejó la redacción propuesta por el Equipo Gestor, en el considerando III de la ley aprobada, que establece: “El Salvador ha suscrito convenios internacionales que promueven la aplicación de medidas, dentro de las instituciones de cada Estado, destinadas a (...) evitar conflictos de interés de los servidores públicos y darles publicidad a tales declaraciones cuando corresponda, a fin de combatir la corrupción”. En otras palabras, los diputados reconocieron la importancia de emitir una norma para prevenir los conflictos de interés de los servidores públicos, pero optaron por omitir dicha regulación en la nueva Ley de Probidad.

B. Elimina la sanción de la destitución e inhabilitación en el cargo

El art. 18 de la LEIFEP establece, como una sanción, la destitución para los servidores públicos que no presenten su declaración patrimonial o para quienes hagan “declaraciones manifiestamente falsas”; además, en caso de ser encontrado culpable de haberse enriquecido ilícitamente, el art. 21 LEIFEP contempla la inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, durante un plazo de diez años. **Sin embargo, la Asamblea Legislativa, sin hacer ninguna fundamentación jurídica, decidió eliminar la destitución y la inhabilitación para ejercer cargos públicos, a pesar de que inicialmente sí lo contemplaba el proyecto de ley elaborado por los técnicos de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales²⁰. Por lo tanto, la Ley de Probidad también representa, en este aspecto, un retroceso en comparación con la LEIFEP, que supuestamente se intentaba modernizar.**

C. Traslada facultades a la Sala de lo Civil

En otra decisión que carece de sustento jurídico, la Asamblea Legislativa trasladó a la Sala de lo Civil la facultad de imponer las

²⁰ El art. 32 del proyecto de Ley de Probidad de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, en su versión al 2 de septiembre de 2015, establecía lo siguiente: “El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que esta ley establece para los servidores públicos será sancionado con (...) destitución del cargo, a criterio de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia”. En un pie de página, se consignaba que esto debía ser “con excepción de funcionarios de elección popular y de segundo grado, para lo cual se debían establecer mecanismos sancionatorios distintos, valorando la inhabilitación o la suspensión”.

multas, a pesar de la propuesta de que fuera una Dirección de Probidad la que pudiera imponerlas directamente. **Esto habría dotado de mayor autonomía al ente rector, si se hubiera convertido de una Sección de Probidad, a una Dirección.**

Al revisar en la Ley Orgánica Judicial cuáles son las facultades de la Sala de lo Civil, se desprende que a esta corresponde conocer de recursos de casación y apelación en materia civil, de familia, mercantil y laboral, y conocer de recusaciones, impedimentos y excusas²¹. Por lo tanto, no queda claro el fundamento jurídico que utilizó la Asamblea Legislativa para trasladar a esta Sala la facultad de imponer multas administrativas.

Igualmente, carece de motivación jurídica el haber trasladado a la Sala de lo Civil la facultad de dar “avisos” a la FGR, cuando se encuentren indicios de un hecho delictivo. El proyecto de ley impulsado por el Equipo Gestor proponía que una de las atribuciones de la nueva Dirección de Probidad, fuera el “certificar el expediente a la Fiscalía General de la República, a fin de que inicie la investigación penal correspondiente, cuando del examen y comprobación de las declaraciones, denuncias, avisos y otras fuentes de información, aparecieran indicios de enriquecimiento ilícito u otros delitos conexos”.

D. Elimina la denuncia ciudadana

La LEIFEP, en el art. 10, establece que “todo ciudadano, en el ejercicio de sus derechos políticos podrá denunciar ante la Corte Suprema de Justicia, a cualquier funcionario o empleado público, contra quien tenga pruebas o sospechas fundadas de haberse enriquecido ilegítimamente a costa de la Hacienda Pública o Municipal”. Sin embargo, la ley requiere al ciudadano que acompañe a su escrito “todas las pruebas que obraren en su poder”, y que su denuncia lleve firma de abogado. Además, establece que “si apareciere que la denuncia no es veraz, se tendrá por difamatoria y tanto el denunciante como el abogado o abogados firmantes, quedarán obligados, además, a indemnizar al difamado en **daños y perjuicios”.** **Por estos motivos, la ciudadanía se**

²¹ Art. 54 Ley Orgánica Judicial



ha visto totalmente desalentada, durante todos estos años, a interponer denuncias por presuntos casos de enriquecimiento ilícito ante la Sección de Probidad de la CSJ.

Consciente de ello, el Equipo Gestor propuso facilitar el inicio de las investigaciones por enriquecimiento ilícito, permitiendo que se pudiera “recibir, por cualquier medio, denuncias, avisos o información sobre hechos que pudieran constituir indicios de enriquecimiento ilícito o cualquier otra contravención” a la Ley de Probidad. Sin embargo, la Asamblea Legislativa decidió no tomar en cuenta esta propuesta y eliminó por completo cualquier regulación relativa a la denuncia o aviso ciudadano. Esto también es un claro retroceso, aun con la LEIFEP de 1959.

E. Excluye del ámbito de control a exfuncionarios

Tal como se ha mencionado, la Constitución establece la obligación de los servidores públicos de presentar una declaración patrimonial “dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos”; y luego nuevamente “al cesar en sus cargos”. Si bien la Constitución pareciera limitar los supuestos en los que debe presentarse una declaración patrimonial, esto debe interpretarse como un mínimo, y el legislador puede aumentar los controles, en aras de asegurar el fin de la Constitución, de prevenir la corrupción. Así lo entendió la Asamblea Legislativa, ya que en el art. 21 de la Ley de Probidad aprobada, incorporó algunas propuestas del Equipo Gestor, como la obligación de presentar una nueva declaración patrimonial ante una reorganización administrativa, o ante el requerimiento que pueda hacer la Sección de Probidad, lo cual es positivo.

Sin embargo, también se había propuesto, dado que la Constitución establece un plazo de prescripción de 10 años para iniciar el juicio civil por enriquecimiento ilícito, que se regulara la obligación de los exfuncionarios, de presentar una declaración de patrimonio cada tres años, durante los nueve años posteriores al ejercicio del cargo, para que cualquier enriquecimiento ilícito que pueda haberse cometido durante el ejercicio del cargo, pero que se exterioriza una vez que el sujeto ha dejado el mismo, pueda ser advertido, investigado y sancionado.

Sobre este tema, la Ley Modelo de la OEA, a la que se ha hecho referencia, establece precisamente la obligación de presentar una declaración patrimonial luego de haber desempeñado la función pública, más allá de la que se presenta justo al finalizar el cargo²². Asimismo, un estudio publicado en 2012 por el Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) señala que El Salvador tiene una “limitación” al especificar que el enriquecimiento ilícito solo puede presumirse cuando el incremento en activos ocurre “desde la fecha en la que haya tomado posesión de su cargo, hasta aquella en que haya cesado en sus funciones”. Manifiesta el estudio que “siguiendo este enfoque, los fiscales pueden utilizar la fecha de la toma de posesión como una línea de base y evaluar si los aumentos en los activos fueron significativos en relación con los ingresos legítimos del funcionario durante el desempeño de sus funciones o de su período. La inconveniencia de este enfoque es que, para evitar la persecución, un funcionario corrupto puede optar simplemente por recibir un beneficio hasta después de haber dejado el cargo”²³. Por lo tanto, se perdió una valiosa oportunidad para incorporar, dentro de la ley, mayores controles sobre los exfuncionarios.

22 Art. 4 d) de la Ley Modelo sobre Declaraciones de Intereses, Ingresos, Activos y Pasivos de Quienes Desempeñan Funciones Públicas.

23 Banco Mundial, “On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption”, (2012). P.16. Traducción propia del inglés al español. Documento original disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2012/08/17559619/take-criminalizing-illicit-enrichment-fight-corruption>

V. ELEMENTOS QUE DEBEN CONSERVARSE EN LA LEY DE PROBIDAD

Debe reconocerse que la Ley de Probidad muestra avances en algunos aspectos, ya que incorporó varias de las propuestas del Equipo Gestor de la Ley de Probidad Pública, cuadro 1. Estos elementos deben conservarse en la Ley de Probidad; de lo contrario, sería retroceder sobre lo alcanzado.

Al dotarse a la Sección de Probidad de plenas facultades para verificar las declaraciones patrimoniales, se incluyó el poder solicitar información protegida por el secreto bancario, y se establecieron sanciones a las instituciones

que no la proporcionen. Además, las multas por no presentar la declaración patrimonial, que antes eran de 100 colones, se han elevado a multas que oscilan entre los 2 y los 40 salarios mínimos (aproximadamente entre \$500 y \$10,068 dólares). **Sin embargo, de nada sirve dar facultades a la Sección de Probidad o multar severamente los incumplimientos a la ley, entre otros aspectos, si el fin de la Ley de Probidad, que debe ser el de iniciar juicios civiles cuando se presume un enriquecimiento ilícito, para determinar si el Estado debe ser restituido, ha sido suprimido por completo. De tal modo que la Ley de Probidad es, a nuestro juicio, inconstitucional.**

Cuadro 1. Elementos de la Ley de Probidad aprobada que deben conservarse

- **Facultad de la Sección de Probidad de verificar las declaraciones patrimoniales**
- **Posibilidad de establecer oficinas departamentales para facilitar la presentación de las declaraciones patrimoniales**
- **Requisitos más rigurosos para el cargo de Jefe y Subjefe de la Sección de Probidad, así como causales de destitución determinadas en la ley para estos funcionarios**
- **Facultad de la Sección de Probidad de iniciar de oficio los procedimientos de verificación**
- **Multas más severas por no presentar la declaración patrimonial, o por hacerlo de forma incompleta**
- **Sanciones a las instituciones públicas o privadas que no colaboren con la Sección de Probidad**
- **Inclusión de particulares que administren recursos públicos y de directores de sociedades de economía mixta, como sujetos obligados a presentar declaraciones patrimoniales**
- **Más supuestos en los que debe presentarse la declaración patrimonial, durante el ejercicio del cargo**
- **Reconocimiento del derecho de los ciudadanos de obtener versiones públicas de las declaraciones patrimoniales**



VI. CONCLUSIONES

Cuestionamientos constitucionales de la Ley de Probidad

La Ley de Probidad tiene un grave vicio de inconstitucionalidad, al suprimir lo relativo al juicio civil por enriquecimiento ilícito que ordena el art. 240 Cn., cuyo fin es restituir al Estado los bienes o recursos que puedan haber sido sustraídos ilícitamente, y que puedan haber ingresado al patrimonio personal de un determinado servidor público. Es también inconstitucional, por ser una ley que transgrede el art. 144 inciso 2º Cn., al modificar o derogar lo acordado en tratados vigentes para El Salvador.

Debe dotarse de mejores herramientas a la ley

Es lamentable que la Asamblea Legislativa no haya aprovechado esta valiosa oportunidad para aprobar una ley que reuniera los más altos estándares en prevención y

combate de la corrupción, y que se hayan suprimido otros elementos importantes, como la declaración de conflictos de interés. Debe rehacerse la ley, para incorporar todo lo que se ha dejado fuera, pero conservando los aspectos positivos que contiene la ley que fue aprobada.

Debemos prevenir y combatir la corrupción en El Salvador

La corrupción afecta derechos fundamentales, debilita al Estado de derecho y obstaculiza el desarrollo del país. Sobre todo, si ello implica el enriquecimiento ilícito de un servidor público a costa de los recursos del Estado, que están destinados a suplir los derechos y las necesidades esenciales de los salvadoreños, tales como la educación, la salud y la seguridad. Por ello, debe aprobarse una adecuada Ley de Probidad que sirva como una herramienta eficaz, junto con el resto de instituciones y leyes en la materia, para prevenir y combatir la corrupción.