



■ La legislación salvadoreña en materia de control de los fondos públicos Segunda parte

La contraloría institucional de fondos públicos es insuficiente para determinar la malversación resultante de prácticas más comunes en la actualidad, como tráfico de influencias, nepotismo, soborno de funcionarios, especialmente en caso de licitaciones para proveer bienes y servicios, enriquecimiento con base en el uso de información privilegiada, especulación y agio resultantes de la orientación de las políticas públicas, obtención de comisiones en negocios internacionales, etc.

- La legislación sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos

La contraloría institucional de fondos públicos, tal como es realizada por la Corte de Cuentas de la República, es adecuada para determinar el incumplimiento de funciones recaudatorias de las oficinas públicas y de normas sobre ejecución del gasto público, figuras que no necesariamente implican corrupción, pero especialmente pueden detectar la desviación indebida de fondos ingresados a las arcas estatales que hayan sido presupuestados. En la actualidad, el simple hurto de fondos públicos, de fácil detección, constituirá seguramente una baja proporción de los actos de defraudación de aquéllos. En cambio, tal tipo de contraloría es insuficiente para determinar la malversación resultante de prácticas más comunes en la actualidad, como tráfico de

influencias, nepotismo, soborno de funcionarios, especialmente en caso de licitaciones para proveer bienes y servicios, enriquecimiento con base en el uso de información privilegiada, especulación y agio resultantes de la orientación de las políticas públicas, obtención de comisiones en negocios internacionales, etc. Aunque ocasionalmente la contraloría puede proveer indicios sobre estas actividades, su comisión implica la existencia y uso de facultades discrecionales legales y su ilegitimidad no puede ser determinada objetivamente por una auditoría institucional. Tal determinación sólo puede hacerse del examen del patrimonio personal del funcionario corrupto, de ahí que haya de complementarse la contraloría contable estatal con otro tipo de controles y de esto ha surgido la figura delictiva del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y sus mecanismos de persecución.



Aunque dicha figura tiene antecedentes que se remontan a la antigüedad clásica, sólo desde inicios del Siglo XX se ha visto una figura jurídica independiente y sistemática en este sentido. La determinación del delito se basa siempre en el examen comparativo de la riqueza del funcionario y sus allegados, de los períodos anterior y posterior al ejercicio del cargo.

En nuestro país, la introducción de la figura tuvo un antecedente inmediato en acontecimientos que precedieron a la Constitución de 1950. Uno de los primeros actos del Consejo de Gobierno Revolucionario, que derrocó al Presidente Salvador Castaneda Castro, fue la emisión del Decreto N° 7, de 20 de diciembre de 1948, por medio del cual se inmovilizaron los bienes del derrocado presidente y de 23 funcionarios de su gobierno, así como los de sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad¹. Por Decreto N° 69, de 11 de febrero de 1949², se emitió la “Ley del Tribunal de Probidad”, una ley penal retroactiva³ que contenía la primera

tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en nuestro sistema, creando asimismo un tribunal y un procedimiento especiales para su juzgamiento. La Asamblea Nacional Constituyente no reconoció la legitimidad del Decreto N° 7, aunque prorrogó la existencia del Tribunal de Probidad hasta el 31 de octubre de 1950⁴. Éste acabó extinguiéndose sin producir ninguna condena y sus expedientes en trámite pasaron, como mero formalismo, al Juzgado General de Hacienda⁵.

Mientras tanto, la Asamblea Nacional Constituyente había aprobado la nueva Constitución, que recogió la figura del enriquecimiento ilícito en su Art. 217, repetido en el Art. 216 de la de 1962 y en el Art. 240 de la de 1983, con ligeras variantes, tal como se indicó anteriormente. Como tantas otras de nuestra ley primaria, la disposición debe ser criticada por su excesiva prolijidad, regulando materias que deben estar en la ley secundaria; en cuanto a definición del delito, sujetos obligados, autoridad competente para aplicarla y procedimiento a seguir, el Órgano Legislativo queda constreñido a soluciones que pueden no ser las mejores para los fines perseguidos, pero no tiene la posibilidad de cambiarlas. La reserva que exige de las declaraciones de los funcionarios públicos es considerada, según las tendencias modernas, contraria a los principios de transparencia estatal.

...en cuanto a definición del delito, sujetos obligados, autoridad competente para aplicarla y procedimiento a seguir, el Órgano Legislativo queda constreñido a soluciones que pueden no ser las mejores para los fines perseguidos, pero no tiene la posibilidad de cambiarlas.

¹ D.O. N° 280, Tomo 143, de 21 de diciembre de 1948. En el mismo periódico aparece la petición hecha a la Corte Suprema de Justicia por otros cinco funcionarios del gobierno derrocado solicitándole que hiciera inventario de sus bienes y los de sus familiares, a fin de comprobar que sus patrimonios no habían sufrido aumentos ilegítimos. La misma nota señala que “es un trámite no previsto por nuestras leyes vigentes”.

² D.O. N° 34, Tomo 340, de 11 de febrero de 1949.

³ La retroactividad de las leyes no era permitida por la Constitución de 1945, pero ésta había sido derogada por el Consejo de Gobierno Revolucionario. Al ser incluida nuevamente la figura en la Constitución de 1950, la “Ley del Tribunal de Probidad” no podía continuar vigente, sin la anuencia expresa de la Asamblea Constituyente, como en efecto sucedió.

⁴ D. N° 13, 7 de septiembre de 1950, y D. N° 17, 11 de septiembre de 1950, respectivamente. Ambos publicados en el D.O. N° 199, Tomo 149, 12 de septiembre de 1950.

⁵ D.L. N° 43, 10 de noviembre de 1950; D.O. N° 253, Tomo 149, 26 de noviembre de 1950.



La legislación secundaria necesaria para la efectividad de la norma constitucional se aprobó casi nueve años más tarde. Por D.L. N° 2833, de 24 de abril de 1959, publicado en el D.O. N° 87, Tomo 183, de 18 de mayo de 1959, se emitió la “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”, que continúa vigente, varias veces reformada.

En su redacción actual, dicha ley consta de treinta artículos divididos en siete títulos. Obliga a todos los funcionarios públicos y a todos los empleados públicos “que de cualquier manera administren, manejen bienes o fondos del Estado o del Municipio, o dispongan de ellos” (Arts. 1 y 2), a efectuar una declaración jurada del estado de su patrimonio (así como los de sus cónyuges e hijos bajo autoridad parental)⁶, dentro de los sesenta días siguientes a la toma de posesión de sus cargos y siguientes a la fecha en que cesen en el ejercicio de los mismos (Art. 3). Dichas declaraciones deben ser presentadas a la Corte Suprema de Justicia, que puede tomar todas las medidas necesarias para comprobar su veracidad y designar el personal subalterno y delegados necesarios para la práctica de tales diligencias (Art. 8). La omisión de tal obligación está sancionada con multa de cinco a cinco mil colones y su reiteración en el plazo adicional señalado por la Corte hará cesar al funcionario en su cargo, salvo a los de elección popular o nombrados por la Asamblea Legislativa, quienes se hacen acreedores a una multa de quinientos a

⁶ Singularmente, excluye a los jueces y magistrados de Cámaras de Segunda Instancia.

diez mil colones (Art. 17). Sin perjuicio de las facultades de la Fiscalía General de la República, la Corte puede iniciar también la investigación de enriquecimiento ilícito de un funcionario por denuncia ciudadana (Art. 10).

El Art. 7 tipifica el delito en los siguientes términos: “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”.

El procedimiento debe ser iniciado por la Corte Suprema de Justicia, cuando encuentra indicios de enriquecimiento ilícito del examen de las declaraciones patrimoniales o de su comprobación hecha por la Sección de Probidad, por medio de una resolución que ordene a una Cámara de lo Civil del domicilio del empleado o funcionario instruir el juicio correspondiente (Art. 9). El trámite es el del juicio civil ordinario (Art. 12) y las sentencias condenatorias son apelables ante la Corte Suprema de Justicia (Art. 14). La Cámara se debe limitar a decidir sobre el enriquecimiento sin causa y a

La ley es excesivamente parca y llena de vacíos, y aún con recientes reformas no ha sido actualizada conforme a las tendencias modernas de la materia.

Lo más notorio sobre la ley, sin embargo, es que tras 47 años de vigencia y haber sido reformada cuatro veces, ni un solo funcionario público ha sido procesado con base en la misma ni ha servido para la recuperación de un solo centavo defraudado al Fisco...

condenar al culpable a la pena de inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público durante el plazo de diez años (Art. 21)⁷; si el tribunal determinare que el procesado ha cometido un delito tipificado por el Código Penal, y no es posible que sea de otra forma si encuentra al procesado culpable, deberá certificar lo conducente para que otras instancias decidan sobre dicha responsabilidad (Art. 22)⁸.

A la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia corresponde velar por el cumplimiento de la ley (Art. 27). De conformidad a las reformas hechas en 1992, por iniciativa del mismo tribunal, le corresponde además “mantener actualizados los archivos de control de sujetos obligados”, para lo cual tiene la potestad de solicitar los informes necesarios a cualquier oficina pública o persona, disposición que se ha convertido en la más controvertida de la ley y es determinante

⁷ Sin embargo, puede solicitar ser rehabilitado por la Asamblea Legislativa al término de cinco años (Art. 21 inc. 2°).

⁸ La disposición indica que debe certificarse lo conducente a un juzgado con competencia penal, siendo esto armónico con las disposiciones de los Códigos Procesales Penales a 1996. En la actualidad esa información debe dirigirse a la Fiscalía General de la República.

⁹ La Ley Orgánica Judicial de 1984 contiene breves regulaciones sobre la Sección (Arts. 113 y 114), limitadas a establecer que su dirección estará a cargo de un Jefe que debe reunir los requisitos necesarios para ser juez de primera instancia, que contará con un suplente que deberá reunir los mismos requisitos y a enumerar sus funciones que son recibir, clasificar y guardar las declaraciones e informar a la Corte cuando de las declaraciones aparezcan indicios de enriquecimiento ilícito para efectos de iniciar el proceso contra el funcionario correspondiente. Estas disposiciones no han sido armonizadas con las reformas hechas en 1992 a la “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”.

en la reciente crisis de la institución. Esta oficina no fue mencionada en el texto original de la ley ni apareció en la misma hasta el último año indicado; es una creación de la Ley Orgánica Judicial⁹.

La ley es excesivamente parca y llena de vacíos, y aún con recientes reformas no ha sido actualizada conforme a las tendencias modernas de la materia. No es clara en cuanto a las formas de enriquecimiento ilícito perseguible y no considera la multitud de mecanismos que pueden utilizarse para disimularlo, aparte del traspaso de bienes a cónyuges o hijos menores de edad; no hace obligatorio el examen de la veracidad de las declaraciones ni crea los mecanismos adecuados para ello. Establece una dualidad de procedimientos para la persecución del ilícito, civil y penal, que pueden tener resultados contradictorios y hacen dilatada la solución de los casos que se den.

Lo más notorio sobre la ley, sin embargo, es que tras 47 años de vigencia y haber sido reformada cuatro veces, ni un solo funcionario público ha sido procesado con base en la misma ni ha servido para la recuperación de un solo centavo defraudado al Fisco, a pesar de que con relativa regularidad se ha exigido el cumplimiento de la presentación de las declaraciones patrimoniales que prescribe. Es obvio que tal exigencia es inútil si no es posible el examen de la veracidad del contenido de tales declaraciones, pues no es de esperar que el funcionario que se ha apropiado ilegítimamente de fondos públicos lo haga constar en un estado de cuentas que



presenta a la oficina encargada de combatir tales conductas; la efectividad de la ley requiere que se realicen investigaciones, de dificultad considerable en algunas ocasiones, pero aún después de la concesión de facultades investigadoras a la Sección de Probidad, ésta nunca ha sido dotada de los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para cumplir esa labor. La falta de efectividad de la ley viene a ser, en resumen, un problema de voluntad humana, de interés en hacerla funcionar, y los recientes acontecimientos que han atraído notoria atención pública sobre la Sección y sobre todo el sistema de prevención de defraudación de fondos públicos, dejan esto en claro.

En 1999 fue nombrado Jefe de la Sección de Probidad el Lic. José Eduardo Cáceres Chávez, quien se destacó por sus propuestas para cambiar la ley que, con toda razón, consideraba obsoleta, pero también por un serio intento de hacer funcionar efectivamente la oficina, dentro de su marco legal actual. Las facultades de investigación de que ésta gozaba desde hacía varios años fueron usadas por primera vez, pero la ley continuó sin ser aplicada. Aunque se ha mostrado mayor diligencia en imponer multas a funcionarios que no presentan su declaración patrimonial en tiempo, en el período de 1999 a 2005, la Sección de Probidad remitió a la Corte Plena 213 informes de casos depurados y ni siquiera uno ha sido conocido por el tribunal.

En el primer semestre del año 2005, la Sección de Probidad solicitó a varios bancos el detalle de las cuentas del ex presidente Francisco Flores y de algunos altos funcionarios de su administración, lo que parecía ser otra solicitud rutinaria, ya que hasta ese momento las instituciones financieras habían cumplido a cabalidad con las peticiones de la Sección. Esta vez, en lugar de remitir la información solicitada, enviaron sendas cartas a la Corte Suprema de Justicia en las que pedían que evacuara una consulta en el sentido si la Sección estaba facultada para requerirles informes sobre los depósitos de antiguos funcionarios públicos. Con posterioridad, la Corte notificó al Lic. Cáceres que no estaba facultado para pedir información bancaria; también le giró instrucciones verbales, prohibiéndole solicitar informes al Ministerio de Hacienda, institución que aparece expresamente mencionada en el Art. 24 de la ley entre las que deben proporcionar información sobre los funcionarios investigados¹⁰.

La resolución de Corte Plena, que excede aún la petición hecha por los bancos, fue tomada el 9 de junio de 2005, por votación de diez Magistrados. Otro, el Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz, se abstuvo de votar y votaron en contra los doctores René Fortín Magaña, Marcel Orestes Posada, Victoria Marina Velásquez de Avilés y la licenciada Mirna Antonieta Perla Jiménez.

¹⁰ *Ex presidente Flores y funcionarios de su gabinete señalados por "irregularidades" en enriquecimiento*, en periódico electrónico El Faro: http://www.elfaro.net/secciones/noticias/20050829/noticias1_20050829.asp



El texto completo de la resolución no ha sido dado a conocer y ningún vocero de la Corte ha explicado en forma oficial los motivos de la decisión, pero el contenido de aquella es conocido por informaciones periodísticas y algunos Magistrados han dado a conocer las razones de su voto.

En la mesa redonda organizada por FUSADES para tratar el tema de la reforma institucional y el control de los fondos públicos, a que antes nos hemos referido, el Magistrado de la Sala de lo Constitucional, Dr. Mauricio Alfredo Clará expresó, aclarando que lo hacía a título personal y no como representante del tribunal: “Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación aplica e interpreta la Constitución por sí misma, cuando ejercitan las facultades que ella les confiere...de manera que en el ejercicio de sus respectivas potestades constitucionales, cada uno de los poderes que integran el gobierno es juez del medio elegido para ello, sin otra limitación que la que ese medio no resulte incompatible con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución.- En este sentido dijo el alto tribunal: esta Corte ha declarado en efecto que para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por

la misma Constitución.- La Corte Suprema de Justicia....dijo así: la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución”¹¹.

Esta breve explicación necesita ser ampliada. En resumen, hace referencia a las facultades autorreguladoras de los poderes del estado, implícitas para el Órgano Judicial en la Constitución, según las cuáles, cada uno de ellos puede dictar su propia normativa para organizarse internamente y para la aplicación de las facultades que la ley primaria le confiere. Implica que, por el hecho de que el Art. 240 Cn. confiera una potestad a la Corte, corresponde a ésta exclusivamente la facultad de regularla, con exclusión de la Asamblea Legislativa. Al ordenar la Corte a la Sección de Probidad suspender las investigaciones iniciadas por medio de la consulta a los bancos, el tribunal sostiene que el desconocimiento de la voluntad legislativa que hace es legítima, pues es a quien corresponde “aplicar e interpretar” la norma constitucional referente al enriquecimiento ilícito y es “juez del medio elegido” para hacerlo.

Este argumento no puede ser aceptado, pues no se puede admitir que por el hecho

¹¹ http://www.instituciones-fusades.org/talleres/taller6/transcripci_n_1_mesa_redonda_28_9_05.doc



...no se puede admitir que por el hecho que la Constitución confíe una actividad a un organismo independiente, éste tiene la absoluta potestad para regular sobre ese tema y puede escoger con exclusividad los medios para hacerlo efectivo, con exclusión del Órgano Legislativo.

que la Constitución confíe una actividad a un organismo independiente, éste tiene la absoluta potestad para regular sobre ese tema y puede escoger con exclusividad los medios para hacerlo efectivo, con exclusión del Órgano Legislativo. Esto equivale a decir que el “Código Electoral” es inconstitucional porque la ley primaria confió la administración de las elecciones al Tribunal Supremo Electoral y, por tanto, la Asamblea Legislativa no puede disponer sobre los mecanismos para ejercer el sufragio. Por otra parte, decidir sobre las facultades de investigación de la Sección de Probidad, establecida por la Asamblea Legislativa, no tiene que ver con las facultades autorreguladoras de un órgano, sino con las facultades constitucionales del Órgano Legislativo para determinar la competencia de las oficinas públicas (Art. 86 Cn.). La facultad de autorregulación de los órganos independientes es limitada y tiene las mismas constricciones que las facultades reglamentarias en general: es sublegal, no puede crear competencias no contempladas en la ley, ni afectar los derechos de los particulares imponiéndoles obligaciones, procedimientos a seguir, penas, etc. Intentar limitar la competencia de la Asamblea Legislativa sobre un asunto como el que tratamos implica desconocer atribuciones de la misma establecidas en la Constitución, especialmente el principio de determinación de competencias de los funcionarios públicos y de limitar la libertad general de los particulares en lo que no contraría sus derechos fundamentales (Art. 8 Cn.). La misma “Ley sobre el

enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos” no tendría razón de ser si admitimos ese argumento, que podría extenderse a todas las leyes procesales y demás de aplicación del Órgano Judicial. La Corte Suprema de Justicia, al igual que los demás órganos del estado, está sujeta a lo que disponga la Asamblea Legislativa en cuanto a su actuación, inclusive el ejercicio de sus facultades constitucionales; no es un estado dentro de otro estado.

Otra opinión, señala que en la Constitución, las facultades investigadoras del enriquecimiento ilícito están confiadas a la Corte Suprema de Justicia y no a una de sus dependencias, por lo que tiene que ser aquélla la que realice directa y exclusivamente la investigación. Sostiene que el procedimiento contenido en la “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”, comprende dos situaciones distintas. La primera, que consiste en recabar información que puede desembocar en un proceso en el que se afecten derechos individuales, corresponde exclusivamente al juzgador (Corte Plena), de conformidad con lo expuesto por los Arts. 8 N° 1 y 25 de la ley, que se refieren exclusivamente al tribunal, y es aquí en donde cabe la facultad de pedir información bancaria. La segunda, con base en el Art. 27, faculta a la Sección de Probidad a solicitar información en el espacio de tiempo entre las dos declaraciones que debe hacer cada funcionario, a fin de contar con datos



actualizados que puedan ser contrastados con los presentados por los interesados; así es como debe entenderse la función de la Sección de “mantener actualizados los archivos de control de sujetos obligados”, a que se refiere la última disposición citada¹².

Este argumento también parte de la primacía constitucional llevando a extremos su interpretación literal e implica, de igual manera, que la Asamblea Legislativa no puede desarrollar una norma constitucional que establece una actividad confiada a un órgano determinado. Al respecto, debe advertirse que, según el Art. 86 Cn., la competencia de los funcionarios públicos, cuando no está establecida en la Constitución, debe ser de origen legal; esto significa que, para que el Jefe de la Sección de Probidad tenga facultades de investigación y con base en las mismas pueda obligar a los funcionarios de otro órgano del estado, como el Ministro de Hacienda, o a los particulares, como los bancos, a una acción determinada, tal es brindar información sobre un funcionario público y sus familiares, necesita tener autorización legislativa. Esto no implica limitar las facultades conferidas en la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, pues es quien decide sobre los resultados

de las investigaciones hechas, sino posibilitar que pueda cumplir con el mandato constitucional y que la ley tenga aplicación. Ésta no servirá para nada si no puede haber una comprobación de la veracidad de las declaraciones de los funcionarios obligados y resulta materialmente imposible que el tribunal, que tiene tareas judiciales y gran cantidad de funciones administrativas, pueda realizar esta labor. Al aprobar la reforma al Art. 27 de la “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos”, por iniciativa de la misma Corte, la Asamblea Legislativa hizo un legítimo desarrollo del Art. 240 Cn., en ningún modo novedoso; las diecinueve atribuciones constitucionales conferidas al Presidente de la República en el Art. 168 Cn. son desarrolladas por gran número de leyes que crean competencias para los funcionarios inferiores del Órgano Ejecutivo, pues sería imposible que el titular del Órgano Ejecutivo las realice en su totalidad y en todas sus etapas. Tampoco es una situación ajena al Órgano Judicial; el Art. 182 Cn. establece como atribuciones de la Corte Suprema de Justicia el control de las profesiones jurídicas como la abogacía y el notariado, pero nadie espera que el tribunal colegiado realice todas las actividades relacionadas con estas atribuciones; por ello, en el Capítulo I del Título V de la Ley Orgánica Judicial, el mismo que contiene las regulaciones sobre la Sección de Probidad, se confieren una serie de competencias a dos dependencias de la Corte, la Sección de Notariado y a la

¹² Este párrafo es basado en comunicación del Magistrado Miguel Ángel Cardoza Ayala. En la misma hace referencia a la precedencia de la ley a la Constitución actual, señalando que por esa razón no están en armonía, pero no consideramos esto correcto. La ley fue emitida bajo la vigencia de la Constitución de 1950 en la que aparecía la disposición sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios con igual texto, salvo el período de prescripción del delito.



Sección de Investigación Profesional, para realizar actos indispensables a dicho control, como llevar archivos, realizar investigaciones, expedir protocolos, etc., y nadie diría que tales regulaciones son inconstitucionales; la decisión final sobre las materias atribuidas a la Corte en el Art. 182 Cn. se mantiene en el tribunal, en una situación similar a la de la Sección de Probidad al ejercer las atribuciones que le da la ley.

Otras cuestiones a considerar son la naturaleza jurídica y legalidad de la resolución de la Corte. Puesto que no ha sido emitida en un proceso, no es de carácter judicial; no es un acto de la esencia de la función que ejerce el tribunal, sino que se trata de un acto administrativo, necesariamente sublegal y que el tribunal sólo puede realizar conforme facultades que le hayan sido conferidas por la Asamblea Legislativa. Frente a esto, tenemos que afirmar que no existe ninguna ley que lo permita. El origen de la resolución es una nota dirigida a la Corte por instituciones financieras solicitándole que aclare la facultad de la Sección de Probidad para requerirles información y ninguna disposición legal autoriza al tribunal a actuar como instancia de consulta jurídica de ningún tipo ni a favor de ninguna persona o autoridad, mucho menos puede emitir fuera de un proceso una decisión que implica el desconocimiento de una norma legislativa por medio de una interpretación, que pretende ser general y

obligatoria, de dicha norma, por lo que la Corte debió haber declinado dar una respuesta por el medio que se le pedía. Si las instituciones financieras consideraban que la solicitud de la Sección de Probidad, cuyo incumplimiento les habría significado la imposición de una sanción, implicaba la violación de sus derechos, podían haber recurrido ante las Salas de la Corte por la vía del amparo o el recurso contencioso-administrativo, o impugnar el Art. 27 de la “Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos” en un proceso de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional; de esta manera, resultaría una resolución judicial en una legítima controversia. Sin embargo, no vemos como es posible aceptar la legitimidad de la resolución administrativa de la Corte Plena con efectos judiciales y sin base legal que la ampare.

Es natural que se hagan consideraciones sobre los efectos de la resolución de la Corte y que son, en resumen, privar a la ley de toda efectividad y de toda posibilidad que pueda funcionar. El Lic. Cáceres Chávez lo expresó de la siguiente manera: “¿Qué sentido tiene que exista una Sección de Probidad y aún una Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos? Si la Corte piensa que la Sección únicamente debe hacer una comparación aritmética entre la declaración de toma de posesión y la de cese de ejercicio, dándole credibilidad absoluta al juramento del funcionario público, bastaría

...ninguna disposición legal autoriza al tribunal a actuar como instancia de consulta jurídica de ningún tipo ni a favor de ninguna persona o autoridad...

Es natural que se hagan consideraciones sobre los efectos de la resolución de la Corte y que son, en resumen, privar a la ley de toda efectividad y de toda posibilidad que pueda funcionar.



Con toda probabilidad, la negativa opinión general resultante de la resolución de la Corte habría sido contrarrestada si el tribunal hubiera iniciado inmediatamente la investigación de los casos cuestionados por la Sección de Probidad

Es la primera vez que en nuestro país se ha solicitado de manera formal la intervención del Fiscal General de la República de esa forma en defensa de la constitucionalidad.

con un ordenador que pudiera establecer las diferencias y hacer un reporte mecánico a Corte Plena”¹³.

Con toda probabilidad, la negativa opinión general resultante de la resolución de la Corte habría sido contrarrestada si el tribunal hubiera iniciado inmediatamente la investigación de los casos cuestionados por la Sección de Probidad, demostrando que tenía la voluntad de resolverlos y aplicar la ley por sí misma y de forma efectiva, pese a la decisión tomada, pero se ha tardado casi un año en dar algún tipo de respuesta a la cuestión y ésta no satisface las expectativas públicas¹⁴. No es de sorprender, pues, que recogiendo un sentimiento ampliamente compartido, los Magistrados disidentes hayan señalado motivaciones extralegales a las acciones de la Corte y afirmado que son constitutivas de una grave infracción a la ley¹⁵.

El 18 de agosto de 2005, el Dr. René Fortín Magaña interpuso una solicitud ante la

¹³ Nota dirigida por el Lic. José Eduardo Cáceres Chávez a la Corte Suprema de Justicia, 22 de junio de 2005.

¹⁴ Por resolución de fecha 25 de mayo de 2006, la Corte Suprema de Justicia conoció seis de los expedientes de funcionarios cuestionados por la Sección de Probidad y ordenó la continuación de la investigación en un caso, exonerando a los demás sin mayor explicación que las declaraciones “no se encontraron indicios para seguir la información”. Las noticias más extensas de este incidente aparecen en las ediciones del 22 al 28 de mayo y del 29 de mayo al 4 de junio del periódico digital El Faro: *Magistrados estudian solicitar informes bancarios de ex funcionarios y Corte Suprema de Justicia cierra investigación contra Francisco Flores y cuatro ex funcionarios más*, respectivamente, en <http://www.elfaro.net>

¹⁵ *Corte Suprema de Justicia violó Ley de Enriquecimiento Ilícito*, en Co Latino, 20 de enero de 2006, y *Éste no es un estado derecho, éste es un estado de calamidad jurídica*, en Co Latino, 3 de febrero de 2006.

Fiscalía General de la República, para que, en uso de las atribuciones que la Constitución le establece, solicitara la declaratoria de nulidad absoluta de la decisión del alto tribunal que privaba de facultades a la Sección de Probidad. Es la primera vez que en nuestro país se ha solicitado de manera formal la intervención del Fiscal General de la República de esa forma en defensa de la constitucionalidad. Ni el funcionario saliente, Belisario Artiga, ni el sucesor temporal, Romeo Barahona, quien estuvo envuelto en una controversia sobre la legitimidad de su tenencia del cargo, atendieron la solicitud.

En enero de 2006, ante el silencio del Fiscal General de la República, el Dr. Fortín Magaña presentó a la Sala de lo Constitucional un recurso de amparo contra él, alegando violación del Art. 18 Cn., que consagra el derecho de respuesta a las solicitudes que los particulares hagan a las autoridades públicas, por su falta de acción ante la petición de nulidad. El 28 de abril de 2006, el nuevo Fiscal General, Félix Garrid Safie, anunció el rechazo de la solicitud¹⁶. Las razones alegadas fueron que el texto constitucional no considera la nulidad de actos como el cuestionado y que no pueden aplicarse a la ley primaria las reglas de nulidad que aparecen en el Código Civil, que declaran nulo todo acto contrario a la ley (Art. 10 C.C.); que la petición de solicitar la nulidad de un acto de la Corte ante el mismo tribunal no está

¹⁶ *Fiscal dice no le compete resolver sobre Probidad*, en La Prensa Gráfica, 12 de mayo de 2006.



prevista en ningún texto legal, siendo que toda clase de nulidad debe estar contemplada en la ley y “debe ser resulta ante los jueces ordinarios”; y que las atribuciones que la Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público atribuyen al Fiscal General de la República deben ser entendidas sistemáticamente, en conexión con otras leyes, y ninguna establece los procedimientos que se deben seguir para solicitar la nulidad de un acto de la Corte¹⁷. La solicitud de revocación de la resolución, hecha también por el Dr. Fortín Magaña, fue rechazada, lo que vuelve inoficioso el recurso de amparo presentado, y la resolución de la Corte queda operante.

Intentar refutar los argumentos del Fiscal General de la República presenta la dificultad de que no se les señala base legal o doctrinaria que pueda consultarse. En nuestra opinión, la solicitud de nulidad era procedente. Los actos de la Corte Suprema de Justicia, como los de cualquier otro órgano del estado que contraríen a la ley, y más aún a la Constitución, deben ser considerados nulos y sin ningún valor; no entendemos por qué la norma general sobre la nulidad de los actos en nuestro sistema legal (Art. 10 C.C.) no es aplicable en este caso, sólo por el hecho de estar recogido en una ley que en su mayor parte regula relaciones de derecho privado pero también regula relaciones de carácter público, como las relativas a la propiedad estatal. Aún en

¹⁷ Resolución pronunciada por el Fiscal General de la República a las 12 horas del 24 de abril de 2006.

el caso de que no se acepte la normativa contenida en el Código Civil, el Art. 246 Cn. que declara la primacía constitucional y la prevalencia del interés público sobre el interés privado, debe ser entendido como norma que establece la ilegitimidad de los actos de los funcionarios públicos realizados fuera de su competencia constitucional o establecida de conformidad al Art. 86 Cn. Es imposible aceptar que, por el hecho de no haber un procedimiento específico señalado en la ley para su impugnación, no pueda haber una rectificación de la violación de la ley, aún cuando ésta pueda darse repetida o indefinidamente. Aún no habiendo un procedimiento nominado específico, en el presente caso consideramos que tampoco hay un vacío legal; el Art. 193 N° 1 y 2 Cn. establece como obligación de la Fiscalía General de la República velar por los intereses del estado y de la sociedad y promover de oficio o a petición de parte acciones judiciales en defensa de la legalidad, atribuciones que aparecen repetidas en el Art. 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹⁸, en cuyo N° 8 se establece además la facultad de: “Ejercer la acción de nulidad absoluta, en el solo interés de la ley, de todo acto o contrato que adolezca de ese vicio”. No estando estipulado en la ley el tribunal ante el cual se puede incoar una acción de nulidad de un acto administrativo

¹⁸ Era la ley vigente al momento de ser interpuesta la solicitud; desde entonces ha sido sustituida por la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República (D.L. N° 1037, 27 de abril de 2006; D.O. N° 95, Tomo 371, 25 de mayo de 2006), en la que la institución conserva las mismas facultades.

El país ha perdido un instrumento indispensable para el combate de la corrupción y la imagen estatal ha sufrido un grave deterioro. Es necesario iniciar el debate sobre la necesidad de reforma constitucional para retirar a la Corte Suprema de Justicia la función de vigilar el cumplimiento de la normativa sobre enriquecimiento ilícito.

emitido por la Corte Plena, es obvio que debe hacerse ante ese mismo tribunal, ya que no es posible pensar en la revisión de los actos del máximo tribunal por sus inferiores, y que conocerán los Magistrados que no hayan participado en la resolución impugnada o sus suplentes.

Una consecuencia inmediata de la resolución del Fiscal fue la renuncia del Lic. José Eduardo Cáceres del cargo de Jefe de la Sección de Probidad¹⁹. La consecuencia de carácter permanente es la anulación en la práctica de toda efectividad que pueda tener la “Ley sobre el

¹⁹ *Jefe de Probidad de la CSJ dejará su cargo en junio*, en La Prensa Gráfica, 16 de mayo de 2006.

enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos”. Si la no aplicación de una ley tras casi cinco décadas de vigencia no es un hecho que demuestra esto, no comprendemos qué lo podrá hacer. El país ha perdido un instrumento indispensable para el combate de la corrupción y la imagen estatal ha sufrido un grave deterioro. Es necesario iniciar el debate sobre la necesidad de reforma constitucional para retirar a la Corte Suprema de Justicia la función de vigilar el cumplimiento de la normativa sobre enriquecimiento ilícito.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366, Fax: (503) 2248-5609

Consultas al correo electrónico:
e.legal@fusades.com.sv
www.fusades.com.sv

