

**BOLETÍN NO. 82**  
**OCTUBRE DE 2007**

**Polémica sobre el fuero de los funcionarios públicos**

El 7 de agosto pasado, diputados del Partido Demócrata Cristiano dieron iniciativa de ley a un proyecto de reformas a la Constitución que tiene el objeto de extender el privilegio del fuero constitucional que gozan diversos funcionarios públicos, a los alcaldes municipales<sup>1</sup>. El anuncio de la presentación del proyecto dio lugar a declaraciones de voceros de los partidos políticos ARENA y PCN expresando críticas a la propuesta del PDC y comunicando que presentarán sus propios proyectos de reforma, el primero proponiendo retirar el fuero constitucional a los diputados, y el segundo, proponiendo retirarlo a todo funcionario de los Órganos Ejecutivo y Judicial y del Ministerio Público. Aunque tales propuestas no se han materializado aún, es indicativo que el tema será objeto de amplia discusión en círculos políticos y gubernamentales en los próximos meses.

Los privilegios de carácter procesal penal de que gozan algunos funcionarios públicos constituye un tema que ha sido tratado en un reciente boletín<sup>2</sup>, pero éste fue motivado por la inminencia de un caso particular y trató de responder a interrogantes surgidas del mismo, por lo que versó especialmente sobre aspectos doctrinarios y de procedimiento que incidían en él. La ley material no fue ampliamente considerada. La propuesta de reforma constitucional hecha es excelente motivo para complementar dicho trabajo y profundizar en algunos aspectos de ese tema, incluyendo aspectos problemáticos que su regulación presenta.

### **El marco legal vigente**

**El fuero penal que gozan los funcionarios públicos está consagrado en todos los regímenes constitucionales, antiguos y modernos y tiene la intención de proteger a detentadores de altos cargos estatales de acusaciones maliciosas a que están naturalmente expuestos, por rivalidades políticas o intereses particulares incorrectos.** La institución garantiza que, antes de proceder a la destitución del cargo y juzgamiento del funcionario, una instancia política o judicial haga un examen del caso para determinar que los hechos que se le imputan tienen un fundamento sólido y que justifican su separación del cargo para ser juzgado por la justicia común por dichas imputaciones. Su finalidad es, desde luego, proteger al funcionario, pero persigue un propósito más importante, como es la protección de la administración pública y del sistema político, que se verían severamente dañados si ataques infundados a los detentadores de altos cargos públicos interrumpieran infundadamente la continuidad de la gestión pública y provocaran el cambio constante e injustificado en los altos puestos públicos.

La protección de estos intereses del estado debe ser balanceada con la protección de los intereses de la colectividad. **Un efecto no buscado, pero que casi siempre**

---

<sup>1</sup> La propuesta de reforma fue anunciada en el mes de julio, pero la nota por la cual se le da iniciativa de ley tiene la fecha indicada.

<sup>2</sup> “Consideraciones sobre el antejuicio” en Boletín de Estudios Legales N° 70, Octubre 2006, FUSADES.

**resulta inevitable es que provoca la impunidad o cuando menos la excesiva dificultad de persecución de conductas antisociales de los funcionarios públicos. Esto implica que el fuero especial nunca debe verse como un privilegio del poder, sino como una medida extraordinaria a la que hay que acudir por razones de defensa del sistema político democrático.** La excesiva extensión del privilegio o la excesiva dificultad que pueda crearse para la persecución de casos justificados, deben ser consideradas como abusos de poder, atentatorios al correcto estado de derecho.

Otro punto en contra de la figura del antejuicio es hacer depender, según el sistema adoptado, la determinación de una cuestión técnico-jurídica, como es la existencia de causa suficiente para el juzgamiento de una persona por la comisión de un delito, de instancias políticas que constituyen sectores de interés en sí mismos y que pueden verse inclinados a favorecer a uno de sus integrantes o condenar a alguien del sector rival, por razones electorales, de camaradería, disciplina partidaria o porque, usando una expresión muy salvadoreña, “en este país todos se tienen la cola pateada”. Esta consideración excede lo meramente jurídico. Es un problema de moralidad de los hombres y mujeres en el poder, y mientras los mismos no sean capaces de evaluar objetivamente un caso que afecte a un compañero o rival político, y resolver de manera honesta sobre el mismo, el privilegio constitucional es una garantía de injusticia condicionada a particulares circunstancias. En El Salvador no había habido antejuicios ante la Asamblea Legislativa desde los inicios del siglo XX, por evidentes razones históricas, pero tras la aprobación de la Constitución de 1983 se han dado varios de ellos que han dejado una sensación de malestar en el pueblo salvadoreño, al ver que casos de indudable culpabilidad concluyen en el acto político del voto parlamentario. La institución será siempre objeto de cuestionamiento mientras no haya un cambio de mentalidad y conciencia en los políticos del país.

En nuestro sistema jurídico el privilegio tiene origen en varios artículos de la Constitución, que establecen un listado bastante extenso de los funcionarios que gozan tal privilegio.

Tales disposiciones son:

*Art. 236.- 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 Procurados 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.*

*La Asamblea oyendo a un fiscal de su seno y al indiciado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa. En el primer caso, se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, para que conozca en primera instancia, y en el segundo caso se archivarán.*

*De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en pleno.*

*Cualquier persona tiene derecho de denunciar los delitos de que trata este artículo y de mostrarse parte, si para ello tuviere las cualidades requeridas por ley.*

*Art. 237.- Desde que se declare por la Asamblea Legislativa o por la Corte Suprema de Justicia, que hay lugar a formación de causa, el indiciado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo. Si fuere absolutoria, volverá al ejercicio de sus funciones, si el cargo fuere de aquéllos que se confieren por tiempo determinado y no hubiere expirado el período de la elección o del nombramiento.*

*Art. 238.- Los Diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa, conforme al procedimiento establecido en el artículo anterior.*

*Por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo período no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después de concluido el período de su elección.*

*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 o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de su Asamblea.*

*Art. 239.- Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz, y los demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan, por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.*

*Por los delitos oficiales y comunes que cometan los miembros de los Concejos Municipales, responderán ante los Jueces de Primera Instancia correspondientes.*

Esto significa que, **los funcionarios mencionados en el inciso primero del Art. 236 no pueden ser encausados por ningún delito, ya sean cometidos en el ejercicio del cargo o fuera de él, sin la declaración de la Asamblea Legislativa de que hay lugar a formación de causa, es decir, que existen verdaderamente motivos para suponer la comisión del delito y que las acusaciones en contra del funcionario no son productos de enemistades políticas o personales.** El procedimiento es denominado “antejuicio” y está regulado en el Capítulo XV (Arts. 118 a 142) del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.

Los diputados gozan de mayor protección que el resto de los funcionarios ya que, a diferencia de los restantes funcionarios mencionados en el Art. 236, no pueden ser juzgados, durante el período de su elección, por delitos menos graves y faltas; esto debe esperar la conclusión del término de su cargo. Esta es una disposición cuestionable, ya que de conformidad al Art. 18 del Código Penal, los delitos menos graves serían aquéllos sancionados con pena cuyo límite máximo sea tres años y multa cuyo límite máximo no exceda de doscientos días multa. Esto significa que un diputado puede acumular durante el período de su cargo una serie de conductas antisociales que podrían incluir lesiones simples, disparo de arma de fuego, conducción temeraria, coacción, amenazas, difamación, violación de comunicaciones, allanamiento de morada,

bigamia, violencia intrafamiliar, receptación, usurpación, daños, violación de derechos de autor, uso falso de documento de identidad, delitos relativos al medio ambiente, etc., sin que pudiera ser juzgado y sancionado por ellos. Esto tendría que esperar a la conclusión del término o el de las reelecciones del diputado. De conformidad al Art. 37 N° 1 del Código Procesal Penal, el término de la prescripción de delitos se suspende cuando en virtud de una disposición constitucional la persecución penal no pueda ser promovida o perseguida, de manera que los funcionarios culpables no usen el privilegio constitucional como un subterfugio para burlar la justicia penal, aún considerando los breves plazos de prescripción establecidos en nuestra legislación. En la práctica, es justo preguntarse si todos los funcionarios públicos no gozan del mismo privilegio; el escándalo político y la dificultad de tramitación del antejuicio harían desistir a la Fiscalía General de la República, ya sobrecargada de trabajo, de perseguir de tales delitos menores, cualquiera que fuera el funcionario inculcado, salvo que fuerte presión pública o el requerimiento expreso de la Asamblea Legislativa lo motivaran.

Quiénes y cuántos son exactamente los funcionarios protegidos, ha provocado debate. La discusión acerca de si la disposición es aplicable a los suplentes de dichos funcionarios, cuando no son expresamente mencionados en el inciso en cuestión, parece haberse superado con el caso del antejuicio al diputado suplente Roberto Carlos Silva Pereira para que pudiera ser juzgado por los delitos de cohecho activo y lavado de dinero<sup>3</sup>, y aplicando las razones aducidas a ese caso, podemos inferir con seguridad que el Art. 236 Cn. se aplicaría a los suplentes de los funcionarios privilegiados, cuando hubieren sido electos por la Asamblea Legislativa, es decir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte de Cuentas de la República y Tribunal Supremo Electoral; no así a los suplentes de los titulares de las oficinas del Ministerio Público, que son designados por esos mismos titulares, o a los de los Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, que son designados por la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a los representantes diplomáticos, hay acuerdo casi general que el artículo no puede referirse a todo funcionario que sea nombrado para un cargo en una oficina diplomática como secretarios, agregados, asesores y demás<sup>4</sup>, sino sólo a los titulares de dichas oficinas, con cargo de Embajador o de Jefe de Misión o a los designados con carácter de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario para casos específicos. Si exceptuamos a estos últimos, que son funcionarios temporales y *ad hoc*, encontramos que **el Art. 236 Cn. privilegia en la actualidad a un total de 385 funcionarios públicos titulares y suplentes<sup>5</sup>, lo que resulta un número elevado para un país con la extensión y población de El Salvador.**

La regulación que se da al proceso de antejuicio no es afortunada en algunos aspectos. Teniendo en cuenta, por ejemplo, el principio constitucional de que el Fiscal General de la República tiene exclusivamente la facultad de promover la acción penal, es éste quien tiene la exclusiva facultad de promover el antejuicio, aun cuando la

---

<sup>3</sup> A.E. N° 285, 29 de noviembre de 2006; D.O. N° 226, Tomo 373, 4 de diciembre de 2006.

<sup>4</sup> Desde luego que no se aplicaría a los cónsules, que no son diplomáticos, propiamente dichos.

<sup>5</sup> Este número incluye al Presidente y el Vicepresidente de la República, 84 Diputados propietarios y 84 suplentes, 3 Designados a la Presidencia, 13 Ministros, 16 Viceministros, 15 Magistrados de la Corte Suprema de Justicia propietarios y 15 suplentes, 94 Magistrados de Cámaras de Primera Instancia, 3 Magistrados de la Corte de Cuentas propietarios y 3 suplentes, 5 Magistrados del Tribunal Supremo Electoral propietarios y 5 suplentes, 3 titulares de las oficinas que constituyen el Ministerio Público, 34 embajadores y 6 jefes de misión internacional. Al momento que se escribe esto, sin embargo, no hay un Viceministro de Turismo, por no haberse aprobada la partida salarial del cargo, aunque de conformidad a la ley el cargo existe; asimismo, algunos cargos diplomáticos están vacantes.

denuncia se haga ante otra instancia, como la Asamblea Legislativa. Cuando el denunciado es dicho funcionario, corresponde al Fiscal Adjunto realizar los actos de investigación que fundamenten la denuncia, dentro de los tres días hábiles siguientes a la remisión del caso por la Asamblea o del momento que tuviera conocimiento del hecho (cuando esto corresponde al Fiscal General de la República, el término es de quince días), debiendo enviar el expediente al parlamento para que verifique el cumplimiento de los requisitos legales para la iniciación del antejuicio (Art. 121 Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa). Ante esto, se da el problema de que el Fiscal Adjunto es un funcionario de confianza del Fiscal General, y designado por éste (Art. 24 Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República).

En todos estos casos, el privilegio constitucional y su consecuente derecho al antejuicio es resultante de la importancia nacional del cargo que ostentan los funcionarios favorecidos y de las consecuencias que para el país entero tendría la interrupción de sus funciones, teniendo en cuenta que se encuentran expuestos a la constante crítica en su actuación, a frecuente abuso y posibles calumnias por aquéllas, y pretende prevenir su innecesaria salida del poder por efecto de una acusación maliciosa.

De acuerdo al Art. 239 de la Constitución se concede el privilegio de no ser juzgado por delitos oficiales sino previa declaración de la Corte Suprema de Justicia de haber lugar a la formación de causa, a los gobernadores departamentales, jueces de primera instancia y de paz y a los demás que adicionalmente disponga la normativa secundaria, que para el caso es el Código Procesal Penal. Por los delitos comunes que cometan, dichos funcionarios quedan sujetos al régimen común.

La motivación de este artículo es completamente distinta a la del Art. 236. Los gobernadores departamentales aparecen incluidos, es cierto, por razones puramente históricas, a que luego haremos referencia. La protección a los jueces de jerarquía inferior no obedece a la importancia nacional de su función; si bien, ésta no puede negarse, tampoco se puede decir que la suspensión de las labores de un juez de primera instancia cualquiera y su sustitución por otro, pueda traer consecuencias graves para todo el país. Esta es la razón por la que no gozan de protección con motivo de la acusación de comisión de delitos comunes. En cambio, los delitos oficiales que puedan cometer requieren con mucha frecuencia de una valoración técnica, particularmente el prevaricato (Art. 310 Código Penal), y los jueces, cuya función es resolver conflictos entre partes en forma permanente, se ven ante la situación de sus fallos necesariamente dejarán insatisfecha a una de las partes en disputa. **En nuestro país está más que comprobado que los funcionarios judiciales son objeto de infinidad de acusaciones de carácter penal, ante la Fiscalía General de la República y la Sección de Investigación de la Corte Suprema de Justicia, por el simple hecho de su actuación, pero que el motivo de las mismas es la frustración o malicia de las partes perdedoras en los juicios en que deciden. La separación temporal del cargo de un juez por una acusación injusta puede no tener consecuencias graves a nivel nacional, pero si el hecho se repite un número indefinido de veces, puede hacer colapsar el sistema de administración de justicia.**

De conformidad al inciso segundo del Art. 239, los alcaldes y demás miembros de los concejos municipales no gozan del privilegio de antejuicio, ni por los delitos oficiales ni por los delitos comunes que cometan, aunque si gozan del privilegio de ser encausados directamente ante los tribunales de primera instancia, evitando el trámite de

instrucción previa ante los supuestamente menos preparados o capacitados jueces de paz. Que esto constituya un privilegio en modo alguno es sujeto a discusión, pero lo que llama la atención es la innecesaria constitucionalización de una disposición que por su naturaleza debería quedar comprendida exclusivamente en la legislación secundaria. El número de funcionarios comprendidos en esta disposición, de conformidad a la ley actual, sería 2,942, que es el número de los que componen los concejos municipales de todo el país, en carácter de propietarios de los cargos y como regidores suplentes.

Las razones de esta disposición son distintas a la de los Arts. 236 y 239 inciso primero, ya que no es la protección del cargo ni de los intereses nacionales lo que se persigue. **Nadie puede decir justamente que la interrupción de la labor de un funcionario municipal, ni aún de la más importante ciudad del país, pueda redundar en perjuicios graves de carácter nacional. La disposición es incluida, aparentemente, como una deferencia a funcionarios que acceden al cargo por una elección popular.**

El Código Procesal Penal de 1974, derogado en 1996, tras varias reformas, acabó estableciendo:

*Art. 415.- Por los delitos oficiales que cometan los jueces de primera instancia, los jueces de hacienda, los jueces de lo laboral, los jueces de tránsito, los jueces de menores, los jueces de inquilinato, los jueces de paz, los jueces ejecutores de autos de exhibición personal, los árbitros, los arbitradores, los secretarios de todos estos funcionarios, los agentes auxiliares de la Fiscalía General de la República, los agentes auxiliares de la Procuraduría General de la República, los auditores generales militares, los gobernadores departamentales, los administradores de rentas, los empleados de aduana, y los alcaldes municipales, cuando éstos últimas ejerzan funciones judiciales, serán juzgados por los tribunales comunes previa declaratoria de haber lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia.*

El artículo es un ejemplo claro de un régimen de injustificado de excesiva protección en razón de un cargo. Si la disposición estuviera vigente, sería aplicable a más de 2,254 funcionarios públicos<sup>6</sup>, esto es excluyendo a los jueces ejecutores de autos de exhibición personal, los árbitros, los arbitradores y sus secretarios, que ocupan cargos *ad hoc* y temporales.

El vigente Código Procesal Penal, de 1996, redujo considerablemente el número de funcionarios privilegiados con el antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia y se excluyeron del mismo a los alcaldes, de la siguiente manera:

*Art. 382.- Por los delitos oficiales que cometan los Jueces de Primera Instancia, los Jueces de Paz y los Gobernadores Departamentales, serán juzgados por los tribunales comunes, previa declaratoria de haber lugar a formación de causa hecha por la Corte Suprema de Justicia.*

*Los referidos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes.*

---

<sup>6</sup> El número está tomado considerando los cargos públicos equivalentes en la Ley de Salarios vigente. Ésta no contempla a los auditores militares y a la totalidad de los empleados de aduanas y las oficinas correspondientes son reuentes a facilitar los datos.

Esto limita el privilegio a favorecer a los funcionarios mencionados expresamente en el Art. 239 Cn., esto es, 804 en número<sup>7</sup>. La modificación ha pasado sin protestas salvo de los miembros de los consejos municipales que han llevado a cabo una lucha por recuperar el privilegio, aunque no es cierto, como han alegado varias veces, que se les ha privado del fuero constitucional. Este nunca lo han tenido.

Debido a estas presiones, en 1997, la Asamblea acordó que la reforma del Art. 239 Cn.<sup>8</sup>, para que expresamente se incluyera a los miembros de los concejos municipales dentro del listado de funcionarios que gozan del beneficio de antejuicio ante la Corte, de manera que no dependiera del legislador secundario su otorgamiento. Sin embargo, dicho acuerdo no fue ratificado por la siguiente Asamblea, del período 1997-2000, como lo exige el Art. Cn., por lo que dicho acuerdo caducó y la reforma constitucional no se llevó a cabo.

El texto de la reforma constitucional que no prosperó, fue el siguiente:

*Art. 239.- Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y los miembros de los Concejos Municipales, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan, por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.*

## **La reforma propuesta**

Entrando en materia sobre la reforma propuesta por los diputados del PDC, lo primero que llama la atención es que adolece de errores de la redacción, lo que incluye hasta la sintaxis y la ortografía del proyecto. Es indudable el efecto publicitario que tendrá, y producirá una respuesta favorable de los funcionarios municipales cuyas simpatías espera granjearse, pero puede predisponer a cierto sector de votantes que mira los privilegios constitucionales como un abuso de poder, por las razones que expusimos anteriormente.

En cuanto a su contenido, los considerandos del proyecto pretenden justificar el otorgamiento del privilegio procesal constitucional a los alcaldes aduciendo que su cargo “está revestido e impregnado de responsabilidades, funciones y decisiones de trascendental importancia, generada por la descentralización, de acuerdo al Art. 204, (sic) de la Constitución, ello por la autonomía Municipal (sic) de la que gozan y que se les otorga el Art. 207 de la Carta Magna”...“Que todas las características antes señaladas, generan la posibilidad de que estos funcionarios sean presa y objeto de maniobras encaminadas a afectar a la persona que ejerce la función pública, siendo esta función la que debe protegerse, a fin de no obstaculizar el buen desarrollo y operatividad de la institución, que preside dicho funcionario, lo cual se puede salvaguardar, mediante un procedimiento especial como es la previa declaratoria de formación de causa establecida para los funcionarios que taxativamente menciona el

---

<sup>7</sup> Este número comprende 14 gobernadores departamentales, 251 jueces de primera instancia (incluyendo los de sentencia y especiales) y 539 jueces de paz.

<sup>8</sup> Acuerdo de Reformas Constitucionales N° 22, de 30 de abril de 1977, publicado en el D.O. N° 87, Tomo 335, de 15 de mayo de 1977.

Art. 236, del mismo cuerpo de ley, y para ello, la incorporación y comprensión de los Alcaldes Municipales, dentro de esta última disposición legal”.

En consecuencia de lo anterior, se propone la reforma del inciso primero del Art. 236, de la siguiente manera:

*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, **los Alcaldes Municipales** y los Representantes Diplomáticos responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan, **exceptuándose aquéllos derivados de la administración de fondos públicos.***

**El proyecto va más allá de la propuesta de reforma constitucional de 1997, ya que pretende la reforma del Art. 236 Cn., incluyendo a los alcaldes en el beneficio de antejuicio ante la Asamblea Legislativa y no ante la Corte Suprema de Justicia, por todos los delitos oficiales y comunes que comentan, con excepciones. Esto elevaría el número de funcionarios protegidos por el beneficio de antejuicio a 642.**

A pesar de que los considerandos del proyecto no hacen referencia a las funciones de los restantes miembros de los concejos municipales y dado el régimen de responsabilidad en la ley municipal vigente, que afecta a todos ellos junto con los alcaldes, no existe verdadera razón para hacer una separación tratándose de delitos oficiales, por una parte. Lo que llama poderosamente la atención en la reforma propuesta, sin embargo, es la exclusión del privilegio de antejuicio en el caso de delitos derivados de la administración de fondos públicos, no sólo para los alcaldes, sino para todos los funcionarios a que se refiere el Art. 236. No encontramos otra explicación a esto que la publicidad negativa que ha rodeado casos recientes y la intención de hacer aparecer a los proponentes como defensores del erario público, pero existen las mismas poderosas razones para proteger a los funcionarios enumerados en dicha disposición constitucional contra acusaciones de malversación de fondos estatales como las que existen para protegerlos de la imputación de cualquier otro delito. Es más, la excepción abriría una puerta para acusarlos maliciosamente de tales actuaciones y provocaría las consecuencias que se intentan evitar con medida; los alcaldes, que no generan la misma atención pública que otros funcionarios, creemos, quedarían particularmente desprotegidos.

El proyecto de reformas propone también la modificación del inciso segundo del Art. 239 Cn., así:

*Por los delitos oficiales o comunes que cometan los Miembros de los Concejos Municipales los Miembros de los Concejos Municipales, a excepción del Alcalde Municipal, responderán ante los jueces de Primera Instancia correspondientes.*

Se pretende pues, que los miembros de los concejos municipales que no sean alcaldes sean juzgados directamente por los jueces de primera instancia, situación que,



como indicamos, es discutible que pueda ser considerada como un privilegio, aunque extendiéndolo a toda clase de delitos, incluyendo los comunes y los oficiales derivados de la administración de fondos públicos. La disposición protegería a 2,680 funcionarios.

Los argumentos que pueden aducirse en contra de la reforma son numerosos. En primer lugar, no es cierto que los funcionarios municipales de ningún tipo ejerzan una función de tal importancia que afecte a toda la sociedad salvadoreña la interrupción del ejercicio de sus cargos, como lo dicen los considerandos del proyecto. Sin negar la importancia que los mismos tengan para los asuntos locales y la que éstos tengan para la preservación de un orden público local, colocar al alcalde de una diminuta y poco poblada municipalidad rural, sin ningún peso en la vida pública nacional, al mismo nivel que los restantes funcionarios enumerados en el Art. 236 es una exageración desproporcionada y evidente.

A esto debe añadirse, como indicamos antes, que la cantidad de funcionarios que gozan de privilegios penales es excesiva y la reforma elevará considerablemente su número. **A los ojos del público, y no sin buenas razones, en la práctica, el antejuicio, antes que una garantía para el funcionario injustamente acusado, es visto como un mecanismo de impunidad a favor de los funcionarios culpables. Antes de aumentar el número de los favorecidos, lo que puede ser considerado nada más que un abuso de poder, es necesario el esfuerzo de los políticos por hacer que la institución adquiera respeto popular.** Finalmente, ese privilegio que puede llevar, y lleva en muchas ocasiones, a la impunidad de los funcionarios públicos, con toda probabilidad redundaría en mayor número de delitos contra la administración pública, y posiblemente comunes, cometidos por funcionarios municipales. La labor de los diputados en particular es lograr que la institución funcione, siendo ágil, efectiva y confiable, y una medida como la propuesta puede llevar a que colapse en la práctica, a mayor pérdida de confianza popular en la misma y a mayor desprestigio de la clase política.

Finalmente, tal como está planteada, la reforma puede llevar a un indeseable efecto práctico: ocasionar que el alcalde y los restantes miembros del concejo sean juzgados en procesos distintos que tengan resoluciones contradictorias. Esto no es una situación nueva, sino que es uno de los defectos inherentes a la misma institución del antejuicio, ya que cualquier delito puede tener una pluralidad de perpetradores con igual grado de responsabilidad y si uno de ellos está protegido por el fuero constitucional, lo que dilata su prosecución, acabarán habiendo procesos separados en que se puede acabar teniendo fallos distintos. Es una consecuencia del simple hecho que ningún sistema de justicia penal puede ser perfecto y podría ser provocada por otras múltiples causas, como la ausencia de un imputado o la dificultad de obtener pruebas contra el mismo, pero una medida que separa el juzgamiento de los alcaldes del de los demás miembros de los concejos municipales que tengan la misma responsabilidad ante la comisión de un hecho punible, exacerbaría y pondría en evidencia en demasía los defectos de una institución que ya es excesivamente controversial. **Sería de gran utilidad dedicar esfuerzos al examen, reforma y delimitación de las funciones y facultades de los concejos municipales y sus miembros específicamente, estableciendo claramente que las facultades ejecutivas dentro de los municipios, como el manejo del erario municipal, corresponden a los alcaldes, y que las facultades legislativas y de aprobación de los planes y presupuestos municipales**

**corresponden a los concejos**, tal como es en casi todas partes<sup>9</sup>, determinando claramente la esfera de acción y la responsabilidad que corresponde a uno y otro.

### **Consideraciones finales**

En resumen, de lo anterior podemos concluir:

a) La reforma propuesta adolece de errores conceptuales y si llegara a ser adoptada, podría prestarse a situaciones equívocas no deseadas ni aún por sus mismos proponentes, por lo que debe ser rechazada;

**b) Debe iniciarse un debate nacional entre las principales fuerzas políticas y de la sociedad civil sobre el contenido de las instituciones contempladas en los Arts. 236 y siguientes Cn., a fin de lograr un acuerdo social sobre la extensión y contenido de una reforma que necesita equilibrar la necesidad de proteger la función pública con el real peligro de la impunidad que pueda motivar;**

**c) El número de funcionarios favorecidos con el privilegio constitucional debe limitarse estrictamente al necesario para preservar los principios que se persiguen con el mismo, evitando todo exceso que favorezca innecesaria o injustamente a un sector político.**

Algunas reflexiones que hacemos a continuación pueden contribuir al debate que proponemos.

Con frecuencia nos hemos referido a la impropiedad que constituye el abuso de la reforma constitucional en nuestro país y que conduce a una banalización y a pérdida de respeto y confianza en la ley primaria. La Constitución constituye el pacto social acordado por todos los estamentos de la vida nacional y no debe ser modificada sin una amplia discusión sobre su contenido y un acuerdo razonable de los más importantes sectores sobre tal modificación. El procedimiento de reforma constitucional adoptado en 1983 fue acertado para la consolidación de la paz en el país una década más tarde, pero desde entonces ha resultado a veces en fuente de abusos, provocando desorden constitucional.

El proyecto de reformas que comentamos en este artículo ejemplifica claramente esos defectos: no responde a ningún interés o urgencia nacional, sino a las necesidades de un instituto político determinado. Ha sido propuesto sin considerar los aspectos jurídicos de la institución que pretende modificar ni sus consecuencias posibles para la vida nacional y será interpretado por muchos, aún cuando esto pueda ser excesivo, como un abuso de poder de parte de funcionarios que pretenden garantizarse impunidad ante la comisión de delitos. Ciertamente que debe ser rechazado.

La deliberación parlamentaria que pueda surgir con motivo de la presentación del proyecto debería servir para iniciar un debate nacional sobre las instituciones del fuero constitucional y el antejuicio. Éstos existen por una causa justificada, como es la protección de los altos cargos públicos y los intereses del sistema político y la colectividad en general, que se verían afectados si el ejercicio de dichos cargos pudiera ser impedido por la malicia de adversarios políticos o personales de los funcionarios. Al

---

<sup>9</sup> Esta es una propuesta que ha sido repetida frecuentemente en fechas recientes, especialmente por el Dr. Armando Calderón, ex alcalde de San Salvador, en foros sobre temas municipales. Es una idea razonable, que tarde o temprano tendrá que ser adoptada para el correcto y eficiente manejo de los asuntos locales en el país.

mismo tiempo, existe un peligro social en favorecer la impunidad criminal por extender dichos privilegios de manera excesiva o por dificultar demasiado la determinación de haber causa para un proceso. El objeto del debate público que sugerimos debe ser encontrar el justo punto de equilibrio entre estas dos posiciones de una manera adecuada y aceptable a nuestra sociedad.

En este sentido, hay que enfatizar que el número de funcionarios protegidos debe ser limitado a lo estrictamente necesario y sería oportuna la revisión de las disposiciones existentes en nuestra ley.

La mención de los Magistrados de Cámaras de Segunda Instancia entre los funcionarios mencionados en el Art. 236 Cn., por ejemplo, no es más que un resabio de constituciones anteriores en que la importancia relativa de tales funcionarios era mucho mayor que la actual. Cuando aparece constitucionalizada por primera vez la protección foral de estos funcionarios es en la Constitución de 1939, cuando el número de Cámaras de Segunda Instancia fue elevado a tres para todo el país, después de haber existido solo una desde tiempo inmemorial, y sus funcionarios eran electos por la Asamblea Legislativa. En la Constitución de 1983, cuando las Cámaras de Segunda Instancia han alcanzado el número de cuarenta y siete y sus titulares son electos por la Corte Suprema de Justicia en un proceso que no difiere del de selección de cualquier otro funcionario judicial, nadie se explica su presencia en el Art. 236, como no sea haber olvidada su exclusión al momento de redactar el texto.

Aún es más extraño que los gobernadores departamentales gocen del régimen de protección constitucional que establece el Art. 239 Cn. Hasta la primera mitad del siglo XX, los gobernadores eran funcionarios con una extensa gama de atribuciones, pues constituían prácticamente los ejecutores de la política del gobierno central en el interior del país. El aumento de los medios de comunicación eficiente, que permitió la centralización de gran número de actividades estatales en la capital, así como el proceso de descentralización municipal ocurrido a partir de 1983, han reducido su papel enormemente, siendo ahora de tan escasa trascendencia administrativa que, durante ciertos períodos, la política presupuestaria ha determinado que sus cargos sean ad-honores. No se justifica bajo ningún concepto que estén dotados de un estatuto privilegiado especial.

Estas son sólo algunas de las razones que justifican el debate. El acuerdo razonable a que se pueda llegar entre las fuerzas vivas de la nación, será una fuerte base para un cambio constitucional consensuado y no impuesto por unos pocos funcionarios efímeros.

**Finalmente señalamos que la figura del fuero de los funcionarios públicos requiere de parte de los políticos y de los detentadores del poder, una firme postura ética, de manera que las instituciones no se conviertan en una forma de abuso de poder. Debe recordarse que los privilegios procesales existen por la alta importancia de los cargos que se protegen y no por el simple hecho de detentar una posición de poder público, aún cuando ésta sea resultante de una elección popular, que debería motivar la humildad del funcionario y su vocación de servicio a la comunidad.**