

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



“EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS EN EL SALVADOR 2004-2008. APLICABILIDAD Y EFICACIA”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

SAÚL ISAÍ MEMBREÑO LÓPEZ
HÉCTOR ALEXANDER SERPAS SANTOS
CARLOS MARIO ZAMBRANO CAMPOS

ASESOR:

LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO

NOVIEMBRE DE 2008, SAN MIGUEL, EL SALVADOR, CENTROAMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
AUTORIDADES CENTRALES

LICENCIADO RUFINO ANTONIO QUEZADA

RECTOR

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ

SECRETARIO GENERAL

ARQ. MIGUEL ANGEL PEREZ

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
AUTORIDADES

INGENIERO DAVID ARNOLDO CHÁVEZ SARAVIA.

DECANO

DOCTORA ANA JUDITH GUATEMALA DE CASTRO.

VICEDECANO

INGENIERO JORGE ALBERTO RUGAMAS RAMÍREZ.

SECRETARIO DE FACULTAD

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
AUTORIDADES

LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLÍO

JEFE DE DEPARTAMENTO

LIC. JOSÉ FLORENCIO CASTELLÓN

COORDINADOR DE PROCESO DE GRADUACION

LIC. CARLOS SOLÓRZANO TREJO GÓMEZ

DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA

DIRECTOR DE METODOLOGÍA

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO. Creador de los cielos y la tierra y dador de la vida, sin su ayuda, iluminación, fuerza y guianza no habría sido posible culminar mi carrera universitaria.

A MIS PADRES. Elsa Gloria López y Cipriano Membreño por su esfuerzo, consejos, comprensión, por guiarme por el camino del bien y por su constante y desinteresada colaboración para que yo pudiera terminar satisfactoriamente mis estudios.

A MI ABUELA. Sara López (QEPD) porque a pesar de su ausencia física, sus recuerdos siempre han sido un motivo de impulso en mi vida.

A MIS HERMANOS. Húber Mauricio, Danny Edenilson, Milton Joel, Himmer Axel, Celin Judith y Nercy Estely porque siempre estuvieron conmigo, dándome su apoyo.

A MI CUÑADA. Verónica Elizabeth Castro porque siempre se ha comportado como una amiga, estando en todo momento dispuesta a darme su ayuda, consejos y comprensión.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TESIS. Carlos Mario Zambrano Campos y Héctor Alexánder Serpas Santos, por haberse decidido hacer el trabajo de graduación conmigo y por haber estado siempre dispuestos a realizar todas las acciones necesarias para que la tesis saliera lo mejor posible. Porque a parte de convivir como equipo de trabajo, edificamos una buena amistad que perdurará.

AL ASESOR DE TESIS. Lic. Carlos Solórzano Trejo Gómez porque más que un docente es un guía y un amigo para mí y porque siempre demostró entera disponibilidad para trabajar con nosotros y estar siempre solidario con el grupo.

AL ASESOR METODOLÓGICO. Lic. Carlos Armando Saravia Segovia porque sin su valiosa colaboración no hubiese sido posible la elaboración del trabajo de graduación.

A MIS AMIGOS. Carlos Gonzalo Rivera González, Emely Guadalupe Ascencio, César Osmar Gutiérrez, Floridemy Martínez Sosa, Karen Grisel Mendoza, Jakelyn Roxana Guevara, Diana Magaly Rodríguez, Victoria Concepción Amaya, Omar Humberto Fuentes, Osiris Méndez, Leydi Dayansi Torres, Karla Moreira, Mayra López, Ricardo Alexis Araujo porque de una u otra forma siempre estuvieron conmigo apoyándome; y a todos los que siempre me ofrecieron su amistad.

A LOS DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD. Porque de todos ellos pude aprender cosas valiosas para ser un buen profesional y una buena persona.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR. Por ser mi centro de estudios superiores; estoy sumamente agradecido con la Universidad y muy orgulloso por haber sido estudiante en la universidad más prestigiosa del país.

A EDITH CAROLINA DE LEÓN. Porque más que una excelente bibliotecaria ha sido una amiga desinteresada y dispuesta en todo momento a colaborar académicamente con los estudiantes, ofreciendo siempre una mano solidaria a todos los estudiantes de la Facultad.

Saúl Isá Membreño López.-

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Por haber estado conmigo cuando se presentaron muchas adversidades siempre y darme fuerzas cuando todo parecía imposible, por ser la luz que ilumina mi vida, por permitirme llegar a hacer una persona de éxito y ayudarme a cumplir uno de mis objetivos y metas propuestas.

A mis Padres: José Héctor Serpas Santos y Marisa Elizabeth Santos de Serpas, por haberme dado la oportunidad de venir a este mundo y los primeros en inculcar valores morales en mí persona.

A mis Abuelas: por haberse sacrificado tanto por mí incondicionalmente y por hacer todo lo que podían y más de lo debido, por ser más que Abuelas también la figura de Madres y no haber dudado de asumir dicha responsabilidad y haberme incluido en el núcleo de sus preocupaciones y jugado un papel protagónico. Gracias por ser mis Abuelas, sin ustedes no lo habría logrado, éste éxito es más que mío es de ustedes.

A mis hermanas: Marissa Aindra Serpas Santos y Leidy Estefanía Serpas Santos, por ser personas que han sido pacientes y tolerantes conmigo, motivo diario de mi inspiración, porque por ustedes tendré fuerzas para luchar por lo que tanto soñamos.

A mi Familia: José Lorenzo Flores García, Miguel Ángel Flores Hernández y Rosa Marlene Santos Hernández. El primero por que nunca me falló tanto en la ayuda cuando

mas lo necesitaba tanto en el aspecto moral como en lo económico que fue muy oportuno, y haberme emitidos consejos cuando se presentaron circunstancias extremas, el segundo porque el es otro que decidido tomar parte de la responsabilidad que no le correspondía, y de tal manera los ha dado de las cosas elementales como lo es un techo para la realización en la vida humana, la tercera por que no de manera directa pero si mediata haber estado en las situaciones delicadas mostrando su buena voluntad para la solución de los problemas.

A mis compañeros de tesis: Saúl y Zambrano, por haberme aguantado todo éste tiempo, sé que no es fácil, porque soy una persona en ocasiones muy temática; por haberme apoyado dándome un poco de comprensión y de esta manera entablar una armonía en el equipo de trabajo, gracias por haber sido más que compañeros dos buenos amigos.

A mis amigos (a): Omar, Alexis, Jackie, Juany, Chalo, Diana, Osiris, William, Floridelmy, Leidy, Betty a los demás que hicieron posible este esfuerzo, por que son personas que en la trayectoria de la carrera compartimos momentos muy agradables y que nunca les pude exigir más, por que ellos lo dieron todo y sin esperar nada a cambio y les doy las gracias por lo que han hecho y a su vez les deseo éxito en sus metas y objetivos.

Wendy Margarita: por el apoyo incondicional que me estuvo proporcionando en este proceso de grado y que sirvió de mucha ayuda para finalizar el proyecto de tesis.

Al Licenciado Carlos Solórzano Trejo: Por su disposición en ayudarnos, y por su gran sentido del humor con nosotros y haber aguantado con la carga que fuimos en ciertas ocasiones, por haber confiado en nuestra capacidad, por estimularnos cada día a no rendirnos y a confiar en nosotros mismos, por ser una buena persona, docente y amigo, sobre el recae la responsabilidad de todas las capacidades, que a nivel intelectual se desarrollaron y a su vez siendo una persona que supo doblegar a los equipos demostrando que si se pueden lograr los objetivos tomando como parámetro el ejemplo que daba como es la entrega, voluntad y sacrificio.

A la Unidad de Estudios Socioeconómico: Que esta representada por la cara humana de la Lic. Lucy porque simbolizo una ayuda indispensable en el aspecto económico y por el apoyo que brinda o los estudiantes de escasos recursos y que tienen un gran espíritu de ser personas profesionales.

Héctor Alexander Serpas Santos.-

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme bendecido al darme todo lo que tengo, por ser mi refugio y consuelo en los momentos más críticos de mi vida.

A mis padres, doña Marina Campos de Zambrano y al señor Fredy Antonio Zambrano Martínez por su amor, comprensión y apoyo incondicional.

A mi prima Marilyn Yaneth por su apoyo en el seminario de graduación.

A Emma López, una extraordinaria mujer para quien sólo tengo palabras de elogios.

A Ovidio Nolasco, Oscar Flores, Antonio Márquez, Dionisio, Ulises Gamaliel, Miguel Molina, Walter, Oscar, Juan Canales, René Batres, Julio Saravia, Wiliam Rojas, Vanessa Claribel, Agustín Escoto, Ronald, Reyna de la Paz, Marta, Brenda y Gilma.

A Alexis, Omar, Osiris, Karla, Emely, Leydi y Carlos Gonzalo.

A mis compañeros de tesis, Saúl Membreño y Alexander Serpas.

Al Lic. Carlos Solórzano, por su ayuda y comprensión.

A la Universidad de El Salvador.

Carlos Mario Zambrano Campos.-

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

PARTE I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- Dimensión Estructural del Problema.....	3
1.1.1.- Enunciado del Problema.....	9
1.2.- Justificación de la Investigación.....	10
1.3.- Objetivos.....	13
1.3.1.- Objetivos Generales.....	13
1.3.2.- Objetivos Específicos.....	13
1.4.- Dimensión de la Investigación.....	15
1.4.1.- Dimensión Doctrinaria.....	15
1.4.2.- Dimensión Normativa.....	16
1.4.3.- Dimensión Temporal.....	17
1.4.4.- Dimensión Espacial.....	18
1.5.- Limitantes.....	20
1.5.1.- Documental.....	20
1.5.2.- De Campo.....	20

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1.- Elementos Básicos Históricos.....	22
2.1.1.- Antecedentes Mediatos.....	22
2.1.1.1.- Edad Antigua.....	22
2.1.1.2.- Edad Media.....	33

2.2.6.1.- Punibilidad.....	156
2.2.6.2.- Iter Criminis.....	160
2.2.6.3.- Autoría y Participación.....	170
2.2.6.4.- Concurso de Delitos y de Leyes.....	179
2.2.7.- Base Conceptual.....	194
2.3.- Elementos Básicos Jurídicos.....	197
2.3.1.- Derecho Comparado.....	197
2.3.1.1.- México.....	199
2.3.1.2.- Costa Rica.....	203
2.3.1.3.- Cuba.....	208
2.3.1.4.- Puerto Rico.....	213
2.3.1.5.- Colombia.....	217
2.3.1.6.- Perú.....	221
2.3.1.7.- Ecuador.....	224
2.3.1.8.- Argentina.....	228
2.3.2.- Tratados Internacionales Relacionados con el Enriquecimiento Ilícito..	233
2.3.2.1.- Convención Interamericana contra la Corrupción.....	233
2.3.2.2.- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	237
2.3.3.- Leyes Administrativas Vinculadas con el Enriquecimiento Ilícito.....	239
2.3.3.1.- Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos.....	239
2.3.3.2.- Ley de la Corte de Cuentas de la República.....	243
2.3.3.3.- Ley de Ética Gubernamental.....	243
2.3.3.4.- Decretos.....	245
2.3.3.5.- Reglamentos.....	248
2.3.4.- Jurisprudencia.....	250

2.3.5.- Constitucionalidad del Tipo de Enriquecimiento Ilícito.....	253
---	-----

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.- Hipótesis de Investigación.....	262
3.1.1.- Hipótesis Generales.....	262
3.1.2.- Hipótesis Específicas.....	265
3.2.- Método de la Investigación.....	270
3.2.1.- Naturaleza de la Investigación.....	271
3.3.- Indicadores de la Investigación.....	272
3.4.- Universo y Cálculo de la Muestra.....	273
3.5.- Técnicas de Investigación.....	278
3.5.1.- Técnicas de Investigación Documental.....	278
3.5.2.- Técnicas de Investigación de Campo.....	279
3.5.3.- Instrumentos de Investigación.....	280

PARTE II

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS

4.1.- Medición en la Descripción de Resultados.....	284
4.1.1.- Resultados de la Entrevista no Estructura.....	284
4.1.2.- Resultados de la Entrevista Semi Estructurada.....	307
4.1.3.- Resultados de la Encuesta.....	320
4.2.- Medición en el Análisis e Interpretación de los Resultados.....	352
4.2.1.- Solución del Problema de Investigación.....	352
4.2.2.- Verificación y Demostración de Hipótesis.....	356
4.2.3.- Logros de los Objetivos.....	362

CAPÍTULO V: SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1.- Conclusiones.....	368
5.1.1.- Conclusiones Generales.....	368
5.1.2.- Conclusiones Específicas.....	373
5.2.- Recomendaciones.....	375
5.3.- Propuestas.....	380
Bibliografía.....	382

PARTE III

ANEXOS

Anexo 1: Transparencia Internacional Celebra Compromisos de Monitorear Acciones

Anexo 2: Índice de Percepción de la Corrupción

Anexo 3: Entrevista No Estructurada

Anexo 4: Entrevista Semi Estructurada

Anexo 5: Encuesta

Anexo 6: Entrevista Semi Abierta

INTRODUCCIÓN

“Por Derecho Natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria”. Son las palabras de Pomponio extraídas del Libro Nono “Ex Variis Lectionibus” y que perfectamente pueden ser aplicadas a los servidores públicos para que en el ejercicio de sus funciones no se enriquezcan ilícitamente.

El enriquecimiento ilícito es una de las prácticas de corrupción que han estado presentes en todos los estadios de la historia del hombre. Se ha designado de diferentes maneras la conducta de aumentar el patrimonio ilegalmente y los medios de los cuales se valen los servidores del Estado para alcanzar su propósito criminal, también han variado conforme la descentralización de la función pública y los nuevos avances en la comunicación y en las ciencias.

La investigación que a continuación se presenta versa sobre el delito de enriquecimiento ilícito en El Salvador. A efectos de ofrecer facilidades de comprensión y análisis, se ha estructurado el trabajo en cinco capítulos a saber:

Capítulo I: El Problema de Investigación

Capítulo II: Marco Teórico

Capítulo III: Metodología

Capítulo IV: Análisis Crítico de los Resultados

Capítulo V: Síntesis de la Investigación

Inicialmente se define el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos como el problema objeto de la investigación; se ofrecen las razones del porqué es necesario dedicarle un estudio profundo; se determinan los objetivos que se pretenden cumplir; se hace un excursus sobre la doctrina, las leyes a utilizar y se ubica espacio-temporalmente el problema; y, por último, se enuncian los obstáculos que se presentaron en el transcurso de la investigación.

En el segundo capítulo, con el propósito de conocer el origen y evolución del delito, se hace una reseña histórica sobre el enriquecimiento ilícito situándolo en las edades de la historia humana: Antigua, Media, Moderna y Contemporánea. También, se incluye los aspectos teóricos relacionados con este tipo penal, tales como generalidades, naturaleza jurídica, clasificación, estructura, temas especiales y la base conceptual. En lo normativo, se ubica el enriquecimiento ilícito en las Constituciones y Códigos Penales que han existido en El Salvador desde que se constituyó como República independiente; se hace un estudio sobre Derecho Comparado con países de América Latina; se explican los tratados internacionales, leyes, decretos, códigos y reglamentos administrativos relacionados con el delito; y, se da a conocer jurisprudencia sobre esta conducta típica.

En el tercer capítulo, se explica todo lo relacionado con la metodología de la investigación: hipótesis generales y específicas que se someterán a comprobación; la utilización de los métodos científico, deductivo-inductivo y analítico, así como las razones que justifican su implementación: los elementos que servirán como parámetros e indicadores de la investigación; el universo y el cálculo de la muestra para efectos de

comprobación de hipótesis por medio de los instrumentos de la investigación: entrevistas no estructuradas, semi estructuradas, semi abierta y la encuesta.

En el cuarto capítulo, se hace un análisis e interpretación críticos de los resultados obtenidos con la investigación de campo aplicados a las entrevistas y a la encuesta.

El quinto capítulo, contiene una síntesis de la indagación. El equipo investigador ofrece conclusiones generales de índoles doctrinal, jurídica, socioeconómicas y culturales, así como sus consecuentes conclusiones específicas; las recomendaciones con las cuales se considera se mejorará el conocimiento, prevención y control del enriquecimiento ilícito; y las propuestas de cómo concretizarlas.

Asimismo, hay una compilación de los recursos documentales utilizados por el equipo investigador para la elaboración del trabajo de graduación, agrupados en diferentes categorías: textos legales, libros de Derecho y otros documentos como revistas, tesis, libros sobre otras materias y diccionarios.

Por último, se agregan los anexos que permiten una mayor fundamentación del trabajo de investigación.

PARTE I
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- DIMENSIÓN ESTRUCTURAL DEL PROBLEMA

El ejercicio de las funciones públicas supone el estricto cumplimiento de un legítimo mandato emanado de las atribuciones delegadas por la sociedad a los funcionarios públicos. La configuración de las estructuras de poder se encuentra indisolublemente ligada a principios de armonía social, bien común y eficiencia en el cargo.

La transparencia en el uso de los recursos del erario nacional por parte de los servidores públicos proporciona una imagen de responsabilidad de la Administración Pública. A partir de ello, la concepción que de sus servidores tenga la sociedad generará confianza y certidumbre.

Sin embargo, no siempre actúan de la forma correcta. La corrupción es una manifestación del comportamiento equivocado de los servidores públicos y que se expresa en acciones tipificadas como delitos por la ley penal, tales como exacción, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, cohecho, malversación de fondos, etc.

El delito del enriquecimiento ilícito debe estudiarse en el contexto de la Administración Pública como el bien jurídico protegido y con el cual se pretende el correcto ejercicio de la actividad pública.

El delito de enriquecimiento ilícito tiene su estructuración legal en la regulación típica que hace el Código Penal en su artículo 333. Así, se determina un diseño jurídico con cualidad especial para las personas a quienes la ley les reconoce la posibilidad de incurrir en tal injusto, siendo estos los funcionarios y los empleados públicos y la autoridad pública –vale decir que en ellos el fundamento es el ejercicio de sus funciones-. No obstante, el ordenamiento jurídico penal regula la aplicabilidad del delito para el particular o persona interpuesta que se preste para disimular el incremento patrimonial injustificado.

Es oportuno aducir que el enriquecimiento ilícito puede ser analizado desde una doble concepción: la competencia penal y la administrativa dado que las personas que pueden realizar esa conducta típica están legalmente sometidas a ambas competencias.

En el devenir histórico de la humanidad se han presentado conductas que se asimilan a un enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, la Biblia registra el caso de un cobrador de impuestos llamado Saqueo quien valiéndose del ejercicio de sus funciones acaparó importantes sumas de dinero en aquel tiempo.

En el Derecho Romano se comenzó a castigar a los funcionarios públicos que traicionaban el decoro y prestigio de la administración pública.

En cuanto a la realidad salvadoreña, se hizo necesaria la creación de un Tribunal de Probidad mediante Decreto Ejecutivo No 69 publicado en el Diario Oficial del 11 de febrero de 1949 emitido por el Consejo Revolucionario de Gobierno, orientado a proteger el patrimonio del Estado, y que requería de los mandatarios la declaración del patrimonio de sus bienes antes y después del ejercicio de sus funciones administrativas y de gobierno.

Las primeras regulaciones sobre este ilícito aparecen con el Código Penal de 1973, el cual tiene su antecedente inmediato en la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos creada por Decreto Legislativo de 8 de agosto de 1959 publicado en el Diario Oficial del 18 del mismo mes y año.

De acuerdo a Eduardo Donna la Administración Pública se define de la siguiente manera: *“es el poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas”*.¹

Existen diferentes posiciones doctrinarias para definir el delito de enriquecimiento ilícito. De acuerdo a Marco Antonio Díaz de León es el *“delito en el cual incurre quien siendo servidor público utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio, sin comprobar su legítima procedencia”*.² Sobre esta

¹ Edgardo A. Donna (2000). Delitos contra la Administración Pública. Pág. 11

² Marco Antonio Díaz de León (2004). Diccionario de Derecho Procesal Penal. Pág. 2749

definición hay que mencionar que el citado autor utiliza la categoría de servidor público para hacer referencia a todas las personas vinculadas al quehacer de la Administración Pública, dentro de ese término se han de incluir a los funcionarios y empleados públicos así como a la autoridad pública.

Es insoslayable hacer referencia a la categoría genérica de la corrupción, porque ésta se encuentra estrechamente vinculada con el tema objeto de estudio del equipo investigador. Colocar una definición de corrupción y su cita.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño se encuentran diferentes preceptos y leyes que hacen especial regulación sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Ésta inicia desde la Constitución de la República por ser la norma fundamental e informadora de todo el sistema normativo. La primera disposición legal a tomar en cuenta es el Art. 1 por ser la base fundamental sobre la que debe erigirse la actividad del Estado; el Art. 86 inciso 3 que regula el Principio de Legalidad para los Funcionarios Públicos; el Art. 195 por ser el que da origen a un organismo de fiscalización independiente y una competencia administrativa; el Art. 235 que establece la responsabilidad de los funcionarios públicos, y el Art. 240 que regula el enriquecimiento ilícito.

Igualmente, existe regulación a nivel internacional, específicamente con la Convención Interamericana contra la Corrupción la cual prescribe en el artículo 9 el enriquecimiento ilícito, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional.

Otras normas que regulan el delito de enriquecimiento ilícito se encuentran en el Código Penal. En la parte general, así el Art. 22 se refiere al delito oficial como aquel cometido por funcionario o empleado público; el Art. 30 que establece las agravantes generales; el Art. 39 que se refiere a las definiciones de funcionario y empleado público y autoridad pública (entre otros) desde la perspectiva del Derecho Penal; el Art. 114 que se refiere a la responsabilidad civil. En cuanto a la Parte Especial el artículo más relevante es el 333 por ser el que directamente regula el delito de enriquecimiento ilícito.

Igualmente en este ámbito, hay normas administrativas como la Ley de la Corte de Cuentas de la República la cual determina el régimen jurídico administrativo aplicable a los servidores públicos en cuanto a la fiscalización de los recursos del erario nacional, y las leyes de la Carrera Civil y la de Ética Gubernamental.

Existe una ley especial contra el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos que surge como una necesidad para controlar el incremento patrimonial desmedido durante el ejercicio de sus funciones y sancionar la contravención a esta ley.

En el ámbito nacional la prensa ha llevado hasta la opinión pública casos, técnicamente hablando, de actos de supuestos delitos de enriquecimiento ilícito, entre ellos el caso de María Eugenia Brizuela de Ávila y otros miembros del Gabinete de Gobierno del ex presidente Francisco Flores, situación que también involucra al ex

mandatario de la República. Más recientemente se conoció el caso del ex ministro de obras públicas, el ingeniero David Gutiérrez y el de Carlos Perla.

El delito de enriquecimiento ilícito a pesar de tener una gran connotación en los aspectos jurídico, social, económico y político, la realidad de la zona oriental evidencia que los casos conocidos por la palestra pública son pocos.

No es que no existan funcionarios que en el ejercicio de su cargo se hayan enriquecido ilícitamente, desde esta perspectiva se debería decir que este delito está en desuso, lo cual sería un absurdo; el análisis sobre las autoridades correspondientes de fiscalizar el ejercicio de la Administración Pública de los servidores públicos y responsabilizar penalmente a aquellos que realicen este acto ilícito se vuelve un imperativo.

En los ámbitos social y económico el delito representa serias repercusiones dado que el incremento patrimonial no justificado en los caudales de un servidor público implica una extracción de recursos del erario nacional en provecho personal, los cuales tendrían que ser utilizados en obras de beneficio para la sociedad.

Finalmente, una de las razones por las que este delito es poco perseguido y por lo tanto es ineficiente en evitar que se cometa, es porque las autoridades encargadas de evitar y castigar este ilícito han sido perforadas por la corrupción y el tráfico de influencias.

1.1.1.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA

A) PROBLEMA FUNDAMENTAL

¿Estará siendo aplicado el tipo de enriquecimiento ilícito, regulado en el Art. 333 del Código Penal, de manera eficaz en la zona oriental de El Salvador?

B) PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿Será el delito de enriquecimiento ilícito una forma recurrente de corrupción dentro de la Administración Pública?

¿Son los institutos políticos obstáculos para la persecución penal efectiva de este delito?

¿Será el enriquecimiento ilícito una barrera para la realización de obras de beneficio social?

¿Bastará la actual regulación legal sobre enriquecimiento ilícito para proteger a la Administración Pública?

¿Se cumplirá con el perfil constitucional establecido para los servidores públicos en cuanto a la aspiración y ejercicios de sus funciones?

1.2.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La corrupción trae consecuencias muy negativas en el proceso de desarrollo salvadoreño, tanto en la realización de inversiones en las áreas social y económica, por descapitalización del erario público, como en la pérdida de legitimidad de los servidores públicos, debido a la traición que estos cometen al no ejercer el cargo para el bien común.

Existe mucho desconocimiento en cuanto a la manera en que deben perseguirse los delitos cometidos por los servidores públicos. Por lo general son personas muy hábiles para ocultar su mal proceder en el manejo de la Administración Pública y por lo tanto hay que profundizar en el estudio de delitos como el enriquecimiento ilícito.

Una de las razones del porqué actúan de manera inadecuada los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones es para aumentar su patrimonio a costa del erario nacional; la comprobación del delito de enriquecimiento ilícito es justamente a través de este aumento del patrimonio injustificado a partir de los salarios y honorarios devengados.

El delito de enriquecimiento ilícito en el ordenamiento jurídico salvadoreño no puede decirse que adolece de vacíos legales, el problema fundamental puede ser la falta de voluntad de las autoridades competentes para su persecución y castigo; aunque no está demás decir que las actuales leyes pueden ser mejoradas con el fin de facilitar su aplicación y adecuarlas a las exigencias del presente.

Actualmente existen en El Salvador debates sobre una nueva Ley de Enriquecimiento Ilícito, y la opinión de los sectores de la sociedad es requisito imprescindible para que cumpla las expectativas deseadas. La nueva ley será acompañada, según algunas propuestas, por reformas a nivel constitucional y penal que pretenden volver más efectiva la persecución del ilícito.

La persecución y castigo de este delito producirá una mayor efectividad del Estado en la solución de los problemas sociales, la credibilidad de las instituciones públicas y permitirá el uso y destino correctos de los fondos con que cuentan las mismas para cumplir su función de servicio.

En la Policía Nacional Civil y en la Fiscalía General de la República existe desconocimiento de la forma adecuada en que debe ser perseguido este ilícito penal porque los casos sometidos a conocimiento de los tribunales son muy escasos. Sin embargo, la escasez de procesos no tiene lo anterior como única causa puesto que puede provenir de la falta de voluntad para investigar. Como corolario, la impunidad es una constante entre los delitos que perjudican a la Administración Pública en El Salvador.

Investigar este delito permitirá hacer aportaciones teóricas que posibiliten un mayor conocimiento para la Fiscalía General de la República, la Policía Nacional Civil, defensores públicos y privados y los estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

Con lo anterior, ha quedado demostrada la imperativa necesidad de estudiar y profundizar en el delito de enriquecimiento ilícito. En la medida que se vaya superando

la impunidad los resultados serán percibidos por todos los administrados en tanto que los recursos con que cuentan las instituciones para operativizar sus actividades tendrán el destino correcto y la extracción de esos fondos se habrá reducido.

Finalmente, el conocimiento será procesado a través de los métodos científico e inductivo-deductivo por ser los instrumentos de investigación idóneos para el manejo de la información y resultados recabados.

1.3.- OBJETIVOS

1.3.1.- OBJETIVOS GENERALES

- Estudiar el delito de enriquecimiento ilícito según el ordenamiento jurídico salvadoreño desde las perspectivas constitucional y de las leyes secundarias vinculadas con el problema objeto de la investigación.
- Examinar la figura del enriquecimiento ilícito para verificar su aplicabilidad y eficacia en el proceso penal.

1.3.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar sobre la historia del delito de enriquecimiento ilícito.
- Clasificar el enriquecimiento ilícito según la doctrina.
- Estructurar el tipo de enriquecimiento ilícito.
- Investigar jurisprudencia nacional sobre el delito de enriquecimiento ilícito.
- Analizar los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador relacionados con el enriquecimiento ilícito.
- Confrontar la legislación penal del delito de enriquecimiento ilícito con la de otros países de Iberoamérica.

- Determinar las causas que originan el delito de enriquecimiento ilícito.
- Identificar los motivos que impiden la aplicación efectiva de la figura de enriquecimiento ilícito.
- Analizar los procedimientos de investigación de la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la Republica en cuanto a la persecución de este delito.
- Elaborar una propuesta de reforma del artículo 333 del Código Penal que garantice una mayor eficacia mediante una persecución penal efectiva.

1.4.- DIMENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1.- DIMENSIÓN DOCTRINARIA

La práctica legislativa en El Salvador ha sido recurrir a doctrinas, leyes y jurisprudencia extranjeras para formar su ordenamiento jurídico. De esta manera, las principales corrientes que han influenciado al país son Argentina y Colombia respecto a la problemática en estudio.

El delito de enriquecimiento ilícito es tratado con suficiente amplitud en estos países, razón por la que a efectos de investigarlo es oportuno señalar que se tomarán sus doctrinas como referentes.

De forma más escueta se hará uso de la doctrina peruana porque ha recibido la influencia de estos mismos países, aunque con un notable progreso en términos de técnica legislativa en comparación con el caso salvadoreño.

Estos países mantienen mucha similitud entre sí porque han sido inspirados por las mismas tendencias legislativas y la realidad jurídica y social también es muy análoga. Por ello, resulta perfectamente compatible la utilización de sus doctrinas para estudiar el enriquecimiento ilícito en la zona oriental.

Los aportes de los doctrinarios nacionales igualmente serán incluidos, y sus valoraciones son muy importantes dado que se busca explicar la aplicación y eficacia del delito de enriquecimiento ilícito en la mencionada zona del país.

Los conceptos claves estrechamente vinculados con el delito de enriquecimiento ilícito son los de funcionario público, empleado público, autoridad pública (abarcados todos en el Derecho Administrativo bajo la denominación genérica de servidores públicos) y Administración Pública. También merece especial tratamiento doctrinario la figura de la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial injustificado.

1.4.2.- DIMENSIÓN NORMATIVA

A nivel constitucional, la Carta Magna de manera específica en el art. 240, regula lo referente al enriquecimiento ilícito de los servidores públicos. Entre otras consecuencias determina la restitución al Estado o al Municipio de todo lo que hubiere adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan incurrido conforme a las leyes, la presunción sobre el enriquecimiento ilícito, la declaración jurada de patrimonio que deben rendir antes y después de finalizada su gestión y, el tiempo en que debe incoarse el proceso sobre el delito que es hasta diez años después que el servidor ha cesado en su cargo.

Es indiscutible la importancia que los organismos internacionales le dan al problema de la corrupción. En este marco han creado una serie de instrumentos legales internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, estos son: la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Ley Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional. La

primera, en su artículo IX, obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público³ con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

El Código Penal tipifica en el artículo 333 el delito de enriquecimiento ilícito que es sancionado con prisión de tres a diez años; también el sistema jurídico cuenta con una ley especial denominada Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos.

Además, existen las leyes de la Corte de Cuentas de la República, de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, de Ética Gubernamental y del Servicio Civil, de orden administrativo, pero ligadas a la fiscalización de los ingresos públicos.

1.4.3.- DIMENSIÓN TEMPORAL

El delito de enriquecimiento ilícito en la zona oriental no es de conocimiento reciente por la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República e inclusive por la mayoría de la población quienes sobre la base de su saber perciben una actuación inapropiada por sus funcionarios. Frecuentemente, han salido a la opinión pública diferentes casos de servidores públicos que se valieron de su investidura y el ejercicio de

³ NOTA: La Convención únicamente se refiere al funcionario público, no incluye al empleado público ni a la autoridad pública como sí lo hace el Art. 333 del Código Penal.

su cargo para percibir un provecho propio en perjuicio de la Administración Pública, y por supuesto, también en detrimento de la colectividad.

Se ha optado por estudiar la realización de este delito en el período comprendido de los años 2004 a 2008 porque es un espacio de tiempo considerable para evaluar la conducta típica de los funcionarios públicos en la zona oriental. Además, es en estos años que muchas propiedades y viviendas del oriente del país han cambiado significativamente su estructura y muchos funcionarios han gastado grandes cantidades de dinero en bienes muebles y actividades suntuarias, todo lo cual hace presumir con fundada razón que el incremento desmedido de su patrimonio en relación a sus ingresos no tiene un origen lícito.

1.4.4.- DIMENSIÓN ESPACIAL

La investigación sobre el delito de enriquecimiento ilícito se realizará en la zona oriental del país por ser un área territorial en la que se manifiestan conductas de funcionarios públicos que demuestran que se está haciendo un uso equivocado de los fondos del erario nacional.

En esta zona de El Salvador se tendrán como unidades de análisis las instituciones que están directamente involucradas con la persecución y juzgamiento de los comportamientos delictivos: la Fiscalía General de la República, específicamente la

Unidad Anticorrupción, la Policía Nacional Civil y los Tribunales de Paz, Instrucción y Sentencia.

También, se tomarán en cuenta instituciones como la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD).

Además, se recurrirá a la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia por ser una de las instituciones encargadas de velar por la correcta actuación de los servidores públicos.

Se considerará el Tribunal de Ética Gubernamental.

La Corte de Cuentas de la República se tendrá como unidad de análisis por ser una institución perteneciente a la instancia administrativa que debe fiscalizar el manejo de los fondos públicos.

1.5.- LIMITANTES

1.5.1.- Documental

1. Escasez de información bibliográfica específicamente relacionada con el delito de enriquecimiento ilícito.
2. Falta de procesos penales de enriquecimiento ilícito en los tribunales, tanto a nivel de la zona oriental como nacional.

1.5.2.- De Campo

1. Dificulades para concertar las entrevistas con los profesionales conocedores del delito de enriquecimiento ilícito.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

MARCO TEÓRICO

2.1.- ELEMENTOS BÁSICOS HISTÓRICOS

2.1.1.- ANTECEDENTES MEDIATOS

*“Para algunos autores, poco se sabe, en definitiva, sobre las causas estructurales de la corrupción, sus mecanismos y los intereses que la hacen posible, necesaria o racional”.*⁴ Desde la génesis de la humanidad se ha hablado de prácticas corruptas. Sin embargo, el deseo de propiedad no es consustancial a la naturaleza del hombre, aquél comienza a manifestarse cuando se produce el nacimiento del Estado.

2.1.1.1.- EDAD ANTIGUA

Comprende según los expertos desde el año 3,000 a.C. hasta el siglo V d.C y se define como el término que corresponde a un periodo cronológico delimitado entre la Prehistoria y la Edad Media.

2.1.1.1.1.- En la Biblia

Documentos como la Biblia registran diferentes acontecimientos que pueden ser valorados como verdaderos actos de corrupción de acuerdo a las pautas de

⁴ José M. Rico Luis Robles. La Corrupción en América Latina. Pág. 5

comportamiento de ese tiempo. Así, en el Antiguo Testamento, en el Decálogo, (Éxodo 20: 10) Jehová entregó a su pueblo Israel las normas bajo las cuales debía regirse y entre ellas destacan, con relación al delito de enriquecimiento ilícito, el séptimo mandamiento de no robar, disposición que se puede aplicar tanto al ciudadano como al que ostenta un cargo público; y el octavo mandamiento que dice *“no codiciarás los bienes de tu prójimo”*.

En este libro sagrado se encuentran dos figuras relacionadas al delito de enriquecimiento ilícito. El robo en su definición común hace alusión a tomar un bien que no es de la propiedad de quien lo sustrae, es un perjuicio patrimonial que se le causa al dueño. En cuanto a la segunda figura, no codiciarás los bienes de tu prójimo, se puede manifestar que hace referencia a un elemento subjetivo, éste es el ánimo de lucro y apropiación sobre bienes ajenos; estas acciones las realizan justamente los funcionarios y empleados públicos cuando en el ejercicio de su cargo se aprovechan del erario para acrecentar su riqueza.

Estos mandamientos fueron quebrantados por el pueblo de Dios, no se diga de los gobernantes y servidores públicos de aquel tiempo, quienes se aprovecharon de su posición de jerarquía o poder para cambiar el destino de los instrumentos del pueblo Judío. Por ejemplo, en el libro de Josué se registra el caso de Acán, quien siendo oficial del ejército liderado por Josué, prevaricó contra el Rey de Jericó por haber tomado para sí un manto babilónico, doscientos ciclos de plata y un lingote de oro que los escondió en su tienda. Su castigo fue que Josué junto con los israelitas lo tomaron, lo apedrearon

y lo quemaron (Josué Cáp. 7). Esta situación encaja en algunos elementos descriptivos del tipo de enriquecimiento ilícito, obviamente con algunas diferencias: el sujeto activo especial es Acán, el oficial del ejército; y la acción, es enriquecerse ilícitamente tal como ocurrió en este caso al tomar Acán un manto babilónico, doscientos ciclos de plata y un lingote de oro.

Aun cuando no existía el Derecho ni la norma jurídica en este tiempo, se pueden constatar castigos a los funcionarios que actuaban contra los bienes del Rey.

2.1.1.1.2.- El Código de Hammurabi

Es una compilación de leyes y edictos auspiciada por Hammurabi, Rey de Babilonia, y que constituye el primer código conocido de la historia. Comienza con una guía de procedimientos legales, imposición de penas por acusaciones injustificadas, falso testimonio y errores judiciales. Asimismo, se recogen disposiciones sobre el derecho de propiedad, derechos personales y familiares.

El fundamento que este Código aporta al Derecho Penal descansa en el viejo principio del “ojo por ojo”, situación muy común entre los pueblos semitas y que se pretendía evitar con su aplicación.

En primer lugar, por ser un documento histórico, la regulación que hace sobre la manera en que deben actuar los funcionarios en su ejercicio es mínima. La primera disposición que se encuentra en el Código al respecto está dirigida a los jueces, se refiere a cierto control jurisdiccional; así *“Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado*

*sentencia y depositado el documento sellado, si a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia y no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso”.*⁵ Esta norma se refiere, en términos generales, a actos de corrupción realizados por los jueces al momento de dictar sentencias, con lo que se trataba de evitar la venalidad, hoy en día el tipo penal que más se adecua a esta acción es el prevaricato.

También se demuestra cierta regulación en cuanto al cumplimiento de la función militar. Los oficiales o especialistas militares recibían la orden de partir a las misiones del Rey, por lo tanto, el incumplimiento de sus funciones radicaba en la negativa de estos a cumplirla o en que contratara a un mercenario para que lo reemplazara en el lugar que debería ocupar en el batallón. La sanción que se le imponía al oficial militar era la pena de muerte.

Los funcionarios públicos vinculados con la Administración, principalmente en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional administrativa, fueron igualmente normados por el Código de Hammurabi. De esta manera, *“Si un gobernador o un prefecto se han apoderado de los bienes de un oficial, han causado daño a un oficial, han dado en locación, han regalado un oficial en un proceso, a uno o más poderosos,*

⁵ Deisy Elizabeth et. al. Cumplimiento de los Propósitos de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su Adecuación a la Legislación Penal Salvadoreña, Pág. 6

*han quitado a un oficial el regalo que el Rey le había dado, este gobernador y este prefecto recibirán la muerte”.*⁶

Como se puede comprobar en el Código de Hammurabi, si bien es cierto, se regula la actuación de los funcionarios públicos, en el ejercicio de la jurisdicción y en la función administrativa, aún no se encuentran normas que regulen el enriquecimiento ilícito como tal, no obstante ya se aprecia la preocupación de las autoridades por combatir la corrupción.

2.1.1.1.3.- En la Grecia Clásica

Los griegos fueron una civilización caracterizada por un profundo respeto a su tradición politeísta y su visión céntrica de la política. Sin embargo, el poder político siempre ha sido fuente de corrupción para los funcionarios motivados por la posibilidad enriquecedora que ofrece.

Los griegos también padecieron los embates de la corrupción, muchos fueron los políticos atenienses que amparados en sus funciones como empleados públicos o funcionarios del Estado cometieron actos ilícitos y, como consecuencia de ello, acapararon grandes cantidades de riqueza. Por ejemplo, Pericles, quien vivió de los años 495 al 429 a.C., se había caracterizado por su alto grado de moralidad y capacidad; a pesar de ello, utilizó fondos públicos para pagar a los asistentes a las asambleas públicas y a los juegos. Este caso refleja un acto de corrupción de Pericles, al utilizar los fondos

⁶ Ibid. Pág. 7

públicos para manipular las decisiones en las asambleas y a los jueces en las resoluciones judiciales; es un acto a su vez de enriquecimiento ilícito de los miembros de las asambleas públicas y de los jueces.

A Demóstenes, quien vivió de los años 385 al 322 a.C., se le acusó de malversación de caudales públicos y se le declaró culpable de aceptar sobornos.

Estos hechos no quedaron en la impunidad porque el sistema político-jurídico ateniense fijaba sanciones a los funcionarios públicos. Éstas radicaban en el ostracismo, un procedimiento político que permitía desterrar temporalmente a un ciudadano considerado peligroso para el bienestar público.

*“La ley del ostracismo fue decretada en Atenas en el año 510 a.C. por Clístenes y se puso en práctica en el año 487 como lucha contra la tiranía. Una serie de funcionarios fueron sancionados a través de esta ley por demagogias y enfrentamientos sociales a favor de los campesinos y en contra de las flotas marítimas”.*⁷

Los griegos trataron así de combatir la corrupción, expulsando de sus tierras a todos los políticos y funcionarios públicos que incurrieran en tales prácticas y que en muchas ocasiones terminaban en enriquecimiento ilícito, entendido como ese incremento patrimonial no justificado a partir de los salarios devengados por las actividades laborales de los políticos en la función pública.

⁷ Ibid. Pág. 8

Por otra parte, aun cuando no existía el delito de enriquecimiento ilícito, los jueces tenían la potestad de juzgar acciones no tipificadas en la ley, fundamentándose en el Principio de la Equidad. Valoraban el hecho, las personas que lo realizaban, las circunstancias, y finalmente eran juzgados como si estuviera tipificada la acción; en esta cultura prevalecía la conservación de la justicia ante los aspectos formales.

2.1.1.1.4.- Las Leyes de Manú

Las Leyes de Manú son uno de los 18 smritis del Daharma Star que es parte de la literatura shruti; fue escrito por el sabio Manú, que en la cultura hindú es el antepasado común de toda la humanidad, y según los historiadores data del año 200 a. C. aproximadamente.

No reconocían al talión como consecuencia del delito, pero conservó la venganza divina, consideraban que el derecho de castigar proviene de Brama y lo ejecuta el Rey. La pena tenía efectos vindicatorios pero la ley no era aplicada por igual debido a la existencia de castas.

En las Leyes de Manú, dentro de las disposiciones que se pueden relacionar con el enriquecimiento ilícito, está el robo; y se encontraba regulado en el Art. 9.28. La acción se podía realizar con los bienes del Rey que vendrían a equipararse hoy en día con el saqueo de fondos del Estado para el enriquecimiento del sujeto que lo realiza. La pena podía agravarse si la persona que había robado era reincidente.

2.1.1.1.5.- En el Derecho Romano

En esta época aún no se encontraba el delito de enriquecimiento ilícito como tal, pero aparecen ya los primeros antecedentes de algunos delitos que protegen ahora la Hacienda Pública.

Los romanos estaban muy bien organizados. El Poder Ejecutivo residía esencialmente en un cuerpo orgánico de funcionarios llamados Magistrados quienes tenían especiales atribuciones. Los Ediles Curules, después de haber servido en el ejército resultaban electos por las asambleas populares y tenían el control de los mercados, el aseo, la seguridad y los juegos en la ciudad de Roma.

Los Questores, también electos por el pueblo, desarrollaban todo el hacer financiero, cobraban impuestos y llevaban la Hacienda Pública con supervisión del Senado.

Los Pretores, eran funcionarios que originalmente fueron suplentes de los Cónsules, pero que ejercían el Poder Judicial, instruían toda clase de procesos y se los entregaban para sentencia a tribunales unipersonales, colegiados, árbitros o jurados para que decidieran.

El orden imperante se reflejó en un Derecho Público muy cohesionado, controlable y con un orden eficiente. Las prácticas corruptas existían pero eran fácilmente detectadas y sancionadas.

Roma, en su último siglo republicano, había crecido desmesuradamente, y la estructura que había funcionado para una Ciudad Estado, ya no podía continuar operando en un ámbito demasiado extenso como era todo el Mediterráneo.

A partir de Sila (83-79 a. J.C.) se generalizó el pillaje de los pueblos conquistados y la dilapidación de los bienes del Estado, prácticas denunciadas por Cicerón.

Así, la historia indica que en Roma comenzaron prácticas deshonestas con la cosa pública, en regiones muy ricas o bastante alejadas que incidieron en el colapso de ese equilibrio.

El eminente historiador de Roma y su Derecho, Teodoro Mommsen, en su magnífica obra “Derecho Penal Romano”, en la introducción del Libro IV expresa que la pena es la retribución exigida por el quebrantamiento de la ley moral, pero sólo en cuanto el Estado toma a su cargo hacerla efectiva.

De ello surgen dos aspectos importantes: el delito es en primer lugar una inmoralidad que trasciende a lo social; y en segundo lugar, que el Estado debe mostrar voluntad política para reprimir esas conductas.

Para Teodoro Mommsen, la ley moral es un continuo flujo de subidas y bajadas en armonía con la evolución de los pueblos; la ley penal es la suma de preceptos morales dependientes de las circunstancias externas e impuestos en cada instante por la colectividad de individuos.

Con lo anterior se enfatiza que lo normativo no es únicamente jurídico, también contiene componentes morales que con la ley penal conforman una díada indisoluble, y más que nada en lo relativo a la represión de la corrupción.

La concreción de la lucha contra la corrupción parte de una voluntad para acabar con la mencionada lacra social. Los romanos del final de la República castigaron tales actividades, generando un atraso con respecto al Derecho Civil, por la falta de regulación de este problema.

En esta evolución social que relaciona la descomposición de la comunidad con la irrupción de acciones punibles cometidas por funcionarios públicos, la primera figura que menciona Mommsen, en su Derecho Penal Romano, es el Cohecho Procesal. Corrupción llamada calumnia, era un delito privado cuyo conocimiento correspondía al Pretor. Entendiéndose por cohecho el apoderamiento de dinero o de cosa que lo valiera, a cambio de la promesa de entablar un proceso público, privado o fiscal en contra de una persona.

No faltaban acciones penales que se pudieran invocar y ejercerse contra los funcionarios públicos que ilegalmente se apoderaren de bienes del Estado, de los ciudadanos o de los no ciudadanos. El primer hecho de esta especie que se conoce en los anales de la historia, tuvo lugar con ocasión de las quejas formuladas el año 583-174 a.C. ante el Senado contra una porción de presidentes de provincias que habían cometido extorsiones y exacciones en las dos provincias hispanas.

De este procedimiento privado de carácter excepcional surgió más tarde, en el año 605- 149 a.C., una comisión permanente de jurados presidida por un pretor, la cual fue establecida por un plebiscito, de conformidad con una excitación del Senado al Tribunal del Pueblo: L. Calpurnio Pisón y cuyo objeto era ir contra la aceptación de dinero por parte de los Magistrados.

Con respecto al delito repetundarum, en los tiempos de la República la única acción que se ejercía contra los funcionarios que cometieran cohecho, era en lo esencial, la de pedir la devolución de lo entregado, esto es la de repetere; en cambio, la legislación imperial seriamente aplicada, hizo que el procedimiento empleado en estos casos fuera un procedimiento criminal propiamente, el cual dio más tarde origen al procedimiento por corrupción.

También estaba el peculatus, y una de sus modalidades consistió en tomar dinero público luego de dar cuentas al erario o pecuniae residuae. Se comprendía en ello al jefe militar que hiciese un falso evalúo del botín de guerra, considerado como ocultación o distracción de fondos.

La mayoría de delitos prescribían normalmente en cuanto a ejercitar la acción en un año y que para el peculatus fue de cinco años.

Por lo tanto puede decirse que *“el origen histórico de anti-corrupción parece encontrarse en Roma, donde se comenzó a castigar a los funcionarios públicos que traicionaban el decoro y el prestigio de la Administración Pública. Como consecuencia*

*en Roma fueron castigados los delitos de malversación, peculado, concusión, exacción y cohecho”.*⁸ Para la aplicación de todos estos delitos fueron creadas una serie de leyes.

Bajo el poder de Julio César se publicó la Ley Julia Repetundarum, en la que se agregó a la restitución la pena del exilio; además en el Derecho Romano, se conoció la Acción de Perdulio, frente a la violación del deber del Magistrado, originando la ley Camelia, por medio de la que se castigaba al pretor que se apartaba de la correcta aplicación de las leyes.

La Novísima Recopilación en su ley 13 regulaba el delito de cohecho, expresaba que los alguaciles, escribanos y porteros no pueden tomar dinero, ni otras dádivas de los litigantes, de sus procuradores, escribanos y agente, alguno de los reos; ni pactar con las partes agasajos o albricias algunas.

2.1.1.2.- LA EDAD MEDIA

La Edad Media es el concepto que se utiliza para referirse al periodo de la historia europea que transcurrió desde la desintegración del Imperio romano en el siglo V hasta el XV.

Un dato característico de la Edad Media es la conducción de los Estados, donde había una gran influencia de la Iglesia; el poder político era adquirido a través de ella o

⁸ Ibid. Pág. 9

el Estado, este dualismo se convirtió en el sistema imperante, ocasionando una confusión de lo ilícito, lo inmoral y el pecado; por lo que durante esta época alcanzó esplendor y protagonismo el derecho Canónico.

Durante la Edad Media se dan numerosos ejemplos corrupción en los países europeos: *“Alfonso VI (1040-1109), fue Rey de las provincias de León y de Castilla, en los primeros años de su reinado se caracterizó por las luchas en contra de su hermano Sancho II de Castilla (1065-1072), ocasionándole la muerte, lo cual le permitió recuperar su trono y reclamar para si el de Castilla. Posteriormente se dedicó a engrandecer sus territorios, fundamentalmente a costa de los musulmanes, combinando la presión militar y extorsión económica”*.⁹

“Enrique VIII (1491-1547), Rey de Inglaterra (1509-1547), fundador de la Iglesia de Inglaterra y monarca tuvo un comportamiento despótico, y se ayudó de la legislación parlamentaria para obtener el control del clero obligándolos a reconocerle como jefe de la Iglesia (1532)”.¹⁰

Otro ejemplo de corrupción es el Rey *“Luis XV que estuvo involucrado en casos de especulación sobre el trigo y, en Inglaterra, era frecuente la corrupción de los miembros del Parlamento y la compra de escaños en esta institución”*.¹¹ El

⁹ Ibid. Pág. 11

¹⁰ Ibid. Pág. 12

¹¹ José Ma. Rico Luis Salas. La Corrupción Pública en América Latina. Pág. 31

enriquecimiento ilícito fue una práctica repetida en esta época desde sus máximas autoridades, hasta los últimos burócratas en la estructura de la Administración Pública.

Debido al dualismo en la conducción de los Estados en la Edad Media, se establecen casos de corrupción en la Iglesia, esa relación Estado-Iglesia permitió a la institución religiosa obtener enormes riquezas, las cuales eran blanco de administraciones corruptas por lo que percibieron riquezas injustificadas.

*“El Papa Bonifacio VII (984-985) mantuvo su posición en el pontificado a través de cuantiosas distribuciones de dinero robado”.*¹²

*“El Papa Juan XV (985-996) dividió las finanzas de la Iglesia entre sus familiares lo que le trajo la reputación de ser codicioso, de torpes ganancias y corrompido en todas sus acciones”.*¹³

*“El Papa Juan XXII (1410-1415), fue llamado públicamente el diablo encarnado; para aumentar su fortuna, el Papa Juan puso impuestos a todo, incluyendo la prostitución, el juego y la usura. Se le ha llamado con frecuencia el más depravado criminal que se haya sentado en el trono papal”.*¹⁴

¹² Deisy et al. Cumplimientos de los propósitos de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su Adecuación a la Legislación Penal Salvadoreña. Pág. 12

¹³ Ibid. Pág. 12

¹⁴ Ibid. Pág. 13

2.1.1.3.- LA EDAD MODERNA

La Edad Moderna es el término que se le ha dado al espacio de tiempo de los siglos XV hasta el siglo XVIII. Para los ingleses Early Modern Times, inicia con la invención de la imprenta, la toma de Constantinopla por los turcos o el descubrimiento de América, y finaliza con la con la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos de Norte América y la Revolución Industrial.

Los cambios políticos que durante esa época se fueron gestando y que luego dieron paso a la Revolución Francesa fueron importantes en el combate a la corrupción, ya en el siglo XVII y XVIII en Inglaterra, el Rey no podía recaudar fondos para financiar la guerra sin la autorización del Parlamento, que era quien aprobaba las leyes y autorizaba los impuestos como parte de la Administración Pública, en una clara alusión a lo que más tarde se concretaría en la creación de los órganos, la separación y contrapeso de los poderes del Estado.

Una de las primeras manifestaciones de delitos contra la Administración Pública fue el desfalco cometido por Cristóbal Santa Clara en el año 1508 contra la Real Hacienda, lo que provocó que la Corona española tomara algunas medidas contra estos actos. Entre éstas se halla, la simple declaración de bienes de los funcionarios, un elemento que hoy en día es utilizado para combatir el enriquecimiento ilícito en el ámbito jurisdiccional administrativo, junto a otros mecanismos de control como la vigilancia de los organismos indianos, las visitas de jueces o bien de los encargados de

las comisiones designadas al efecto, la supervisión de los tribunales de cuentas y el juicio de la residencia, el cual se constituyó en el método más usado.

El juicio de la residencia estaba formado por dos procesos: el primero consistía en una fase investigativa sobre la conducta de los funcionarios y empleados; y el segundo sobrevinía, agotando la fase investigativa sobre la conducta de los funcionarios y empleados formulando si había indicio de culpabilidad o no. En este juicio se recibían por los particulares las demandas incoadas por estos para sopesar los agravios y abusos que hubieran recibido de parte de los funcionarios.

Se encuentran en esta Edad elementos propios del combate al enriquecimiento ilícito, como la declaración del patrimonio de los funcionarios antes y después del ejercicio de la función pública.

Cristóbal Santa Cruz fue sometido al juicio de la residencia, condenado al embargo de todos sus bienes y encarcelado en la Fortaleza Ozama hasta que le sobrevino la muerte.

2.1.2.- ANTECEDENTES INMEDIATOS

2.1.2.1.- EDAD CONTEMPORÁNEA

Con este nombre se designa al período de tiempo que comienza en el siglo XIX hasta el presente.

En esta Edad se comienza a discutir mucho sobre los orígenes y las repercusiones de la corrupción en todas las esferas de un país: política, economía, sociedad y justicia.

La tendencia de la Administración Pública es hacia la descentralización del Estado. Sorprendentemente, uno de los argumentos en contra de este proceso es que va a favorecer la corrupción porque el Estado tiene que regular una proliferación de nuevas entidades.

A la corrupción también se le señala un origen administrativo. Éstos se encuentran en el siglo XIX con la evolución de la función pública, que deja de ser parte de un sistema patrimonial, transformándose en un sistema burocrático basado en la idea de servicios específicos prestados a la comunidad a cambio de remuneración preestablecida; en el contexto de esta transformación, la corrupción se atribuye al hecho que ciertos funcionarios responsables de cargos importantes no son retribuidos con arreglo al puesto ocupado y a la responsabilidad asumida.

“Uno de los expositores más importantes de estas tesis estima que la corrupción es un problema de motivos y oportunidades. Los motivos, debido a los bajos salarios y

*la falta de incentivos de los empleados públicos, así como a las oportunidades, al poder discrecional excesivo y a las deficiencias de información y control”.*¹⁵ Ésta es una posición doctrinaria muy relativa porque en países como El Salvador, si bien es cierto que los salarios de los funcionarios y empleados públicos no son exorbitantes (principalmente el de estos últimos) en referencia con otros países, gozan de la suficiente estabilidad laboral y de la protección necesaria de la función administrativa.

Por último, se señalan causas económicas a la corrupción. Según una perspectiva económica, el descubrimiento de nuevos recursos generadores de riqueza, así como los cambios tecnológicos asociado al desarrollo de las economías modernas lleva a que ciertos hombres de negocios ejerzan presiones sobre los gobiernos para modificar las reglas del juego económico; si sus demandas son oficialmente insatisfechas, emplearán la corrupción para mantener e incrementar su poder económico.

A estas alturas, el avance del Derecho Penal ha permitido la construcción teórica, doctrinaria y legal del enriquecimiento ilícito como figura jurídica dirigida a proteger a la Administración Pública. De esta manera, muchos han sido los doctrinarios que han planteado diferentes definiciones de enriquecimiento ilícito, tomando como ejes centrales, conceptos como funcionario y empleados públicos y Administración Pública. Erleans de Jesús Peña Ossa proporciona la siguiente definición: *“El enriquecimiento ilícito es un abuso de poder realizable ya por el abuso funcional, ora por el abuso del*

¹⁵ Ibid. Pág. 22

*cargo, lo que implica que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es el resultado de uno o varios delitos contra la Administración Pública”.*¹⁶ Como se observa, los aspectos centrales destacados por el citado autor son: el abuso funcional o en razón del cargo, de la cual se infiere el sujeto activo porque éste mantiene su relación con el delito a partir de la función pública que desarrolla; y, la Administración Pública, como bien jurídico tutelado por el tipo y de la que se desprende el Estado, sujeto pasivo del ilícito.

El delito de enriquecimiento ilícito surgió para evitar que delitos contra la Administración Pública que cometían los servidores públicos quedaran en la impunidad por problemas de probanza. Este argumento ha sido utilizado para otorgarle al mencionado tipo una naturaleza subsidiaria, es decir, que si se está investigando a un funcionario o empleado público por algún delito contra la Administración y de no ser posible probar cohecho, malversación, entre otros, por ejemplo, se le imputaba el delito de enriquecimiento ilícito porque era evidente que había atentado contra la Administración, y que por tratarse de un sujeto activo cualificado y conocer muy bien el ambiente en el que desempeña su función, le era fácil ocultar su mal proceder; se trata de una subsidiariedad tácita. La figura delictiva del enriquecimiento ilícito se utilizaría precisamente en los casos, en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal.

¹⁶ César Augusto Nakazaki Servigón. Problema de Aplicación del Tipo Penal de Enriquecimiento Ilícito: Desconocimiento de su Naturaleza Subsidiaria. Pág. 189

De ello mismo se desprende que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la Administración cometidos por servidores públicos por dificultades probatorias.

El fundamento político-criminal del tipo penal de enriquecimiento ilícito, o su ratio legis, es el que permite establecer el carácter subsidiario del supuesto típico.

El delito de enriquecimiento ilícito es creado en América Latina justamente en la Edad Contemporánea. Los registros señalan que Argentina fue el primer país de Latinoamérica en legislar el delito de enriquecimiento ilícito. El 19 de junio de 1963 se publicó el decreto ley 477-63, de cuyo Art. 15 se derivaba la obligación del funcionario público de justificar, requerido para ello, un incremento patrimonial. Luego, el 30 de octubre de 1964, se dictó la ley 16.648 (derogativa del decreto ley anterior 477-63), que mantuvo la incriminación, incorporando, por su art. 9º al Código Penal, en su Título XI del Libro Segundo, Delitos contra la Administración Pública, el Capítulo IX bis, intitulado Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, e integrado por los arts. 268-1 y 268-2.

En el caso colombiano “ *Esta figura aparece redactada por primera vez en el anteproyecto de Código Penal de 1974 en el artículo 171 así : El funcionario o empleado publico o el trabajador oficial que obtenga, para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo... ”*¹⁷

¹⁷ Francisco José Ferreira D. Delitos contra la Corrupción. Pág. 119

El artículo formaba parte del capítulo titulado sobre negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y había sido extraído del art. 268 (2) del Código Argentino.

El esfuerzo por combatir la corrupción no sólo ha sido de los países individualmente, también organismos internacionales como la OEA y las Naciones Unidas han tratado de ayudar a solventar este problema mediante la creación de instrumentos legales.

La Organización de Estados Americanos sanciona el 4 de diciembre de 1996 la Convención Interamericana contra la Corrupción que fue promulgada el 13 de enero de 1997; El Salvador la ratificó el 18 de marzo de 1999 y hasta la fecha ya son 28 países del continente americano quienes la han ratificado.

Las Naciones Unidas aprueba su Convención contra la Corrupción el 31 de octubre de 2003 y entra en vigor el 14 de diciembre de 2005; ésta reguló en el artículo IX y ordena a los Estados parte de esta Convención a que tipifiquen en sus legislaciones internas como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Determina que los países que hayan tipificado este delito, para los efectos de este Convenio, será considerado como un acto de corrupción; y para los países que aun no hayan tipificado la conducta de enriquecimiento ilícito ofrecerán la asistencia y

cooperación en los términos de esta Convención en la medida en que sus leyes lo permitan.

En la elaboración del Convenio de las ONU contra la Corrupción *“en las discusiones generales, expusimos que la figura del enriquecimiento ilícito es particularmente útil para los pueblos de América Latina, cuyos Estados carecen, frecuentemente, de recursos de alta tecnología eficaz para la detección del delito en el preciso momento en el que ocurre”*.¹⁸

Los países anglosajones no tipificaron como delito esta conducta en sus legislaciones penales aduciendo que es un tipo penal que riñe con la Constituciones y con los derechos fundamentales de los imputados; en la actualidad además de los países ya mencionados, México, Costa Rica, Perú entre otros han tipificado esta conducta.

2.1.2.1.1- EN CENTROAMÉRICA

Cronológicamente, la época precolombina de Centroamérica no se circunscribe en la Edad Contemporánea tradicionalmente entendida, sin embargo, el análisis sobre la historia del istmo se hará en un solo apartado con el propósito de mantener la coherencia de los eventos de la región.

¹⁸ Carlos A Manfroni. La Convención Interamericana contra la Corrupción. Pág. 139

2.1.2.1.1.1.- ÉPOCA PRECOLOMBINA EN CENTROAMÉRICA

Esta etapa comprende desde los tiempos más antiguos hasta la llegada de los españoles el 12 de octubre de 1492.

El origen de los primeros pobladores de Centro América se encuentra en el del hombre americano. El Popol-Vuh, el Manuscrito Cakchiquel, el Memorial de Tecpán-Atitlán, la Isagoge Histórica, son los únicos documentos que dan alguna luz sobre los acontecimientos de los pueblos antiguos de Centro América.

Los primeros pobladores desconocían el fuego, los animales domesticados, alojándose en las cuevas, con vestuario compuesto de pajas y hojas. Como no tenían apego a la tierra andaban errantes, nómadas; cuando había escasez, emigraban y en su trayectoria acampaban donde les sorprendía la noche. Las enfermedades, las luchas entre ellos mismos, la falta de alimentos los iba reduciendo poco a poco. Los jefes de estas tribus fueron conquistados. En las zonas tórridas encontraron exuberante vegetación y clima benigno. Fue así como dejaron las cuevas, construyendo sus primitivas habitaciones. La mujer ayudaba al hombre en la tierra, la cuidaba y arreglaba, mientras tanto el hombre era cazador y pescador. Se reunieron los grupos hasta reconocer un jefe. A éste le debían sumisión y obediencia el resto de miembros de la comarca, aunque él mismo estaba sujeto a idéntica pena en caso de cometer alguna acción inapropiada.

En este tiempo, las penas no existían como un mecanismo formal-material de represión de conductas ilícitas y el castigo era implementado a través de la costumbre.

De tal manera, al que hurtaba (sea que se tratara de una acción realizada por un simple aborigen o por el propio jefe de la tribu) si era aprehendido in fraganti, se le obligaba a entregar el objeto o su equivalente, si no podía pagar se le afeitaba el cabello, y cuando le crecía, si no había satisfecho aún la deuda, se le volvía a quitar.

Organización Política y Social

La forma de gobierno del Quiché era aristocrática hereditaria.

La corona recaía en el hermano mayor y no en los hijos; pero si el heredero no era digno del trono, le sucedía el pariente más próximo; llevaba los labios y las orejas horadadas en señal de su alta jerarquía. El título que portaba el Rey era el de Ahau-ahpop.

La tentativa frustrada de destronar al monarca, era castigada con la mayor severidad, además de la confiscación de bienes.

Las personas que ejercían algún cargo de dirección y que eran encontradas culpables, podían incluso recibir el destierro.

En la sociedad pipil nadie podía tomar la justicia por cuenta propia; la pena de muerte, que consistía en el despeñamiento del imputado desde grandes alturas, se aplicaba en los casos de homicidio, adulterio, homosexualidad, apropiación ilícita de propiedades, negligencia al menos por dos años en el cultivo del terreno destinado para el mantenimiento de huérfanos, la traición, la usurpación de funciones o insignias

militares, la seducción de las vírgenes con voto de castidad y la embriaguez de los sacerdotes.

2.1.2.1.1.2.- ÉPOCA COLONIAL EN CENTROAMÉRICA

Esta época media comprende el período de tiempo transcurrido desde la llegada de los españoles en el año 1492 hasta la Independencia en 1821.

Luego del descubrimiento del Nuevo Mundo por Cristóbal Colón, sobrevino un largo período de luchas entre los nativos y los colonizadores. Esto culminó cuando los extranjeros se alzaron con la victoria y sometieron a los autóctonos al régimen de la Corona española.

Organización y Funcionamiento del Gobierno Colonial

Durante la Colonia el régimen administrativo sufrió numerosas modificaciones. Muchas veces los cronistas llamaron “provincias” a las subdivisiones de una “provincia” por lo que el número de ellas varía constantemente.

La máxima autoridad de las colonias americanas era la ejercida por el Rey, es decir, la Potestad Regia, expresión de la todopoderosa voluntad del monarca. Siendo el Rey el dueño de todos los territorios conquistados y colonizados, ejerció, en consecuencia, absoluta autoridad sobre los pobladores de los mismos.

Además de la Potestad Regia ejercieron sus funciones en Centro América otros dos organismos metropolitanos: el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla.

Existían otros organismos coloniales, unos superiores y otros inferiores. Con respecto a los primeros, se instituyó el adelantazgo, la gobernación y la capitanía general. El adelantazgo se produjo cuando algunos capitanes españoles obtuvieron del Rey el rango de Adelantados de algún territorio por ellos conquistado o colonizado.

En Centro América hubo tres grandes adelantados: don Pedro de Alvarado en Guatemala; don Francisco de Montejo, en Honduras, y Juan Vásquez de Coronado, en Costa Rica. La historia relata que estos fueron quienes decían en qué momento se desataba una guerra y ante lo cual es muy posible que hayan cometido muchos actos de corrupción, principalmente en perjuicio de los nativos, pero que no hubo ningún acto sancionatorio hacia estos personajes (y que pudieran ser considerados como funcionarios de la Corona española) por el alto grado de utilidad y eficacia ofrecido a los intereses de los conquistadores.

Más tarde, el rango de adelantado fue sustituido por el de Gobernador. Las tres gobernaciones que en Centro América se formaron después de la Conquista fueron las de Guatemala, Honduras y Nicaragua.

Las provincias de Chiapas, Soconusco, Guatemala -incluyendo a El Salvador-, Verapaz, Honduras, Nicaragua y Costa Rica integraron, en el año de 1568, lo que se denominó la Capitanía General de Guatemala.

Los organismos inferiores eran los Ayuntamientos, los Cabildos de Indios, los Corregimientos, las Alcaldías Mayores y las Intendencias.

Los Ayuntamientos consistían en importantes organismos integrados por los alcaldes mayores, regidores, alguaciles, etc., de las diferentes provincias; son magnífico exponente del régimen administrativo trasplantado a América.

Los Cabildos de Indios tenían por objeto procurar que los aborígenes tomaran las costumbres españolas, y defender a los nativos contra las injurias de los Encomenderos.

Los Corregimientos fueron creados con el fin de vigilar la conducta de los Encomenderos, españoles que poseían habitantes del nuevo mundo, esto es, encomendados, a su entera servidumbre.

Las Alcaldías Mayores eran organismos muy parecidos a los Corregidores. Empero, las alcaldías mayores administraban justicia civil y militar no sólo a los nativos, sino, a españoles, y las cuestiones que se suscitaban entre estos.

En Centro América hubo las siguientes Intendencias: la de San Salvador (la más importante entre ellas), las de León (Nicaragua), Ciudad Real (Chiapas) y Comayagua (Honduras).

Especial importancia tiene la institución de la Encomienda. Era un repartimiento de nativos en el Nuevo Mundo a manos de un señor, casi feudal denominado “encomendero” para promover la evangelización de estas personas. La encomienda era una concesión librada por el Rey a favor de un español. Un mérito de conquista y colonización, que consistía en percibir tributos de un conglomerado de aborígenes. Este privilegio se extendió en el siglo XVI a otras personas que no habían participado ni en la Conquista, ni en la Colonización. El tributo podía ser pagado en especie o en mano de obra. La mayoría de las haciendas ganaderas eran trabajadas por quienes eran dados en encomienda. El encomendero tenía la obligación de cristianizarlos y protegerlos. La encomienda se convirtió en una institución que explotaba a los naturales de estas tierras.

Los conquistadores deseaban descubrir y dominar las tierras descubiertas para enriquecer y engrandecer la Corona Española y para enriquecerse ellos mismos.

Con respecto a la mano de obra nativa, los conquistadores españoles no encontraron en Centroamérica y por lo mismo en El Salvador, el oro y la plata que esperaban hallar, sobre todo con las noticias de otros lugares como México y Perú, pero pronto constataron que en su lugar existía una población que sabía trabajar la agricultura, extraerle buenas y abundantes cosechas a un número significativo de especies. Los españoles igualmente concluyeron en que el método para enriquecerse era el de lograr que los naturales trabajaran para ellos, dando paso a innumerables formas de abuso y explotación en las encomiendas y haciendas.

Con el objetivo de armonizar la convivencia durante la Colonia se crearon diferentes normativas, tal es el caso de la Ley de Indias. Ésta consiste en la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica de los pobladores de la parte americana de la Monarquía Hispánica.

Las colonias no podían comerciar entre ellas, si no que todo el comercio debía hacerse a través de la Casa de Contratación de Sevilla, en España.

Aunque las leyes dadas por la Corona prohibían la explotación de los nativos, Castilla se encontraba demasiado lejos y los abusos por parte de los encomenderos se cometieron por doquier.

La corrupción también se manifestó en los niveles superiores. Los puestos en la Administración Pública eran muchas veces vendidos por la Corona; los altos funcionarios vendían a su vez los cargos a los recaudadores de impuestos.

A pesar de todas las disposiciones dadas por la Corona la corrupción se produjo en todas las esferas y se perpetuó la impunidad.

2.1.2.1.1.3.- PROCESO DE LA INDEPENDENCIA EN CENTROAMÉRICA

Esta época va del año 1821, cuando culminan los movimientos independentistas y que dan como resultado el reconocimiento de independencia de los pueblos conquistados por los españoles, hasta el siglo XVIII.

La época colonial había creado en el territorio salvadoreño, una clase social de terratenientes descendientes directos de los primeros colonizadores y conquistadores que partiendo de las "encomiendas" pasaron a las "haciendas" y de esta manera fueron apropiándose de grandes latifundios. Por supuesto, que mientras ejercía su control la Corona Española, estos hacendados tenían obligatoriamente que pagar impuestos sobre el valor de sus propiedades y producciones; esa dominación creó un sentimiento de descontento.

Existen algunos ejemplos de los intereses económicos escondidos en la lucha independentista, se puede mencionar al P. José Matías Delgado quien era propietario de la hacienda Buena Vista de producción añilera y con una extensión de más de 1500 manzanas; al Gral. Manuel José Arce con propiedades que sumaban 11,648 manzanas, entre las que destacaban las haciendas San Lucas y San Diego en San Salvador; y al prócer libertador de los esclavos, P. José Simeón Cañas, quien poseía la hacienda Jalponguita en Zacatecoluca, con una extensión de 1728 manzanas. Partiendo de esto, hay que afirmar que los movimientos independentistas estuvieron ligados estrechamente con los entes económicos de dominación; con la Independencia no se modificaron en absoluto las formas de tenencia de la tierra y los hilos del poder económico quedaron en las mismas manos.

Los sistemas políticos adoptados por los países después de la Colonia fueron principalmente influenciados por el modelo constitucional norteamericano, aunque

jamás se ha respetado el principio fundamental en él establecido de la separación de poderes y del balance entre los tres poderes del Estado.

Los partidos establecidos después de la Independencia continuaron las prácticas de corrupción que prevalecieron durante la Colonia y visualizaron al tesoro público como el medio principal para recompensar a sus seguidores políticos.

*“Para mantener y acumular poder, los gobiernos posteriores a la Colonia optaron por seguir el modelo colonial del Estado centralizado. Algunos autores sostienen que esta centralización de la estructura gubernamental no solamente facilita la corrupción, sino que la hace necesaria”.*¹⁹

2.1.2.1.1.3.1.- En El Salvador. El Enriquecimiento Ilícito a nivel Constitucional

Constitución de 1824

Por ser la primera Constitución luego de la Independencia de Centroamérica, su regulación sobre el enriquecimiento ilícito es muy escasa. La parte final del Art. 13 expresa que los salvadoreños tienen el derecho de “...*censurar la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo*”. No puede negarse que esta normativa por ser insipiente es insuficiente e inefectiva en sí misma, sin embargo, constituye un buen punto de partida para vigilar la forma en que los funcionarios públicos

¹⁹ José Ma. Rico Luis Salas. La Corrupción Pública en América Latina. Pág. 15

desempeñarán su cargo, y más aún, porque estatuye esta vigilancia como una potestad popular.

Constitución de 1841

El Título XII se refiere a la Responsabilidad de los Empleados. Establece que *“Todo funcionario o empleado al posesionarse de su destino prestará juramento de ser fiel a El Salvador, de cumplir y hacer cumplir la Constitución y atenerse a su texto cualesquiera que sean las órdenes o resoluciones que la contraríen y en todo tiempo serán responsables personalmente y con sus bienes por su infracción sin que pueda excusarlos ningún motivo o razón”*.²⁰ Pese a que el epígrafe pareciera limitarse únicamente a los empleados públicos, el contenido del artículo es extensivo también a los funcionarios públicos.

De esta Constitución se destaca que es la primera en crear un título especial para normar la actuación de los funcionarios públicos. Aunque el año es muy remoto se evidencia la preocupación del constituyente por volver transparente la actuación de los servidores del Estado.

Constitución de 1864

Esta Constitución consagra el llamado Principio de Legalidad para los servidores públicos. *“Todo poder político emana del pueblo: los funcionarios públicos son sus*

²⁰ Constitución de la República. (1824). Art. 53

*Delegados y Agentes, y no tienen otras facultades que las que expresamente les da la ley. Por ella ordenan, juzgan y gobiernan: por ella se les debe obediencia y respeto y conforme a ella deben dar cuenta de sus operaciones”.*²¹

Este principio impone la obligación a los servidores públicos de sujetar su actuación a lo preceptuado por las leyes. No pueden extrapolar sus funciones porque la ley fija los límites apropiados para desarrollar la función pública.

Además, es rescatable que este artículo 2 impone el deber de rendir cuentas; ya el constituyente de 1864 se preocupó por la fidelidad hacia la Administración Pública.

El Título XVIII bajo el epígrafe “De la responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, en su Art. 66 funda la orden de prestar juramento de fidelidad a la República y a las leyes.

Se instaure el proceso de antejuicio. *“Sólo por conducto de la Cámara de Diputados se podrá acusar ante el Senado al Presidente de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministros del Gobierno, Agentes diplomáticos y Consulares Generales por traición, venalidad, usurpación de poder, falta grave en el ejercicio de sus funciones y delitos comunes que merezcan pena aflictiva”.*²² De esta disposición, se puede colegir que si bien el enriquecimiento ilícito no se halla

²¹ Constitución de la República. (1864). Art. 2

²² Ibid. Art. 69

expresamente tipificado, ha de entenderse tácitamente incluido en la “falta grave en el ejercicio de sus funciones”. La palabra “falta” no se debe entender como una mera infracción de tipo administrativo, el espíritu de la frase se refiere a los delitos oficiales porque se complementa con “delitos comunes”, todo lo cual hace presumir que el constituyente está normando ya desde la Constitución los delitos especiales y los comunes.

El Art. 75 determina que el plazo de la prescripción será de dos años después que el funcionario ha cesado en el ejercicio de sus funciones.

Constitución de 1871

También menciona el Principio de Legalidad. Literalmente expresa: *“Todo poder público emana del pueblo. Los funcionarios son sus delegado y agentes, y no tienen otras facultades que las que expresamente les da la ley: Por ella se les debe obediencia y respeto, y conforme a ella deben dar cuenta de sus operaciones”*.²³ Es una transcripción idéntica de la anterior Constitución.

El Título XVIII denominado “De la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, en el Art. 89, hace una copia fiel del Art. 66 de la Constitución de 1864.

Sin embargo, esta Constitución, crea una variante con respecto a su antecesora, y es que el citado precepto postula una acción popular de denuncia de actos de corrupción,

²³ Constitución de la República. (1871). Art. 3

y por supuesto de enriquecimiento ilícito: se faculta a cualquier persona a denunciar actos de los funcionarios que atenten contra la Administración. Así *“Todo ciudadano salvadoreño tiene derecho de acusar ante la Cámara de diputados, al Presidente de la República, Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, Ministros del Gobierno y agentes diplomáticos o consulares, por traición, venalidad, usurpación de poder, falta grave en el ejercicio de sus funciones y delitos comunes que no admitan excarcelación”*.²⁴

Constitución de 1872

El Art. 3 se refiere al Principio de Legalidad y lo hace en las mismas condiciones que las Constituciones de 1864 y 1871.

El Título X está encabezado como “Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, y el Art. 125 es una transcripción exacta de las dos anteriores constituciones, sin embargo, a la parte final del artículo se le adiciona que *“Deberán jurar además, el exacto cumplimiento del empleo que se les confiere”*.²⁵ Consiste en la incorporación de un criterio de especificidad orientado a crear mayor conciencia y responsabilidad del servidor público frente a cargo que ostentará.

²⁴ Ibid. Art. 92

²⁵ Constitución de la República. (1872). Art. 125

El Art. 128 continúa concediendo la acción popular de denuncia contra los actos ilícitos cometidos por los servidores públicos.

Constitución de 1880

Esta Constitución también incorpora el Principio de Legalidad para los funcionarios aunque fue redactado de forma diferente, si bien es cierto se trata sólo de cambios superficiales porque sustancialmente sigue siendo el mismo régimen.

Por otro lado, este principio no fue establecido en un artículo especial, sino como el segundo inciso del Art. 1 y expresa: *“Todo poder público emana del Pueblo y las personas que lo ejerzan no tendrán otras facultades que las que expresamente les designe la ley: por ella se les debe obediencia y conforme a ella deben dar cuenta de sus funciones”*. No se refiere a los funcionarios como tales en sentido estricto, sino más bien, como personas que ejercen el poder público. Además, cambió la palabra “operaciones”, que habían mantenido las Constituciones anteriores, por la palabra “funciones”, que es más idónea para referirse a la actividad de los funcionarios públicos.

El Título X “Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”, Art. 120, vuelve a la redacción de las Constituciones de 1864 y 1871, es decir, suprime la adición hecha en la parte final del Art. 125 de la Constitución de 1872.

El Art. 120 sostiene la acción de denuncia popular contra los servidores que utilicen el cargo en perjuicio de la Administración Pública, por ejemplo, para enriquecerse ilícitamente.

Constitución de 1883

Nuevamente incluye el Principio de Legalidad para los funcionarios, y lo hace en los mismos términos de la anterior Constitución, con la salvedad que lo regula en un solo artículo y no como la de 1880, en ésta era el segundo inciso del Art. 1.

La responsabilidad de los funcionarios está determinada en el Art. 125, Título XVI, dispuesta en forma idéntica a la Constitución de 1880.

El Art. 127 se refiere siempre a la acción popular de denuncia.

Constitución de 1886

El Art. 2 está dedicado al Principio de Legalidad. La redacción es la siguiente:

“Todo poder público emana del pueblo. Los funcionarios del Estado son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley. Por ella legislan, administran y juzgan; por ella se les debe obediencia y respeto y conforme a ella deben dar cuenta de sus funciones”. Básicamente, la modificación con respecto a las otras Constituciones es que confirma la teoría clásica de la división de poderes, tomando como parámetro que esa división se fundamenta en la ley.

Además, en el Art. 7 se expresa que *“Todo el que ejerce cualquier cargo público es directa e inmediatamente responsable de los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La Ley determinará el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”*.

El Título XIII, Art. 138 se refiere a la responsabilidad de los funcionarios. Así, la redacción de tal disposición es similar a las anteriores Constituciones, la variante es que clasifica al funcionario público en civil o militar.

Constitución de 1939

El Principio de Legalidad está regulado en el Art. 2 y manifiesta que *“Todo poder público emana del pueblo. Los funcionarios del Estado son sus delegados, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”*.

La responsabilidad de los funcionarios se instituye en el Título XV y el Art. 176 enuncia que *“Todo funcionario civil o militar antes de tomar posesión de su destino, protestará , bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo además el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le impusiere, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”*. Sustancialmente no presenta modificaciones, y la variante es la manera en que se refiere a la responsabilidad; en las Constituciones anteriores se manifestaba que el funcionario sería responsable en su persona y en sus bienes, en

cambio aquí la regulación específica de las consecuencias jurídicas del ilícito se deja a una ley secundaria, tomando en este sentido, carácter programático la Constitución de 1939.

Constitución de 1950

Por ser de corte liberal, y encontrarse en boga los postulados y principios de esta filosofía, fue ampliamente inspirada por preceptos que implicaron un viraje en la forma en que se habían estado normando acciones como el enriquecimiento ilícito y los demás hechos de corrupción de los servidores públicos.

En el Art. 6 se incorpora el Principio de Legalidad y es una transcripción exacta del Art. 2 de la Constitución de 1932.

El Título XII, en el Art. 211 impone la responsabilidad de los funcionarios de protestar ser fieles a la Constitución, a las leyes y a la República.

El Art. 212 inciso tercero estatuye la acción de denuncia popular contra actos ilícitos de los funcionarios públicos.

Lo más importante a destacar de esta Constitución es que se trata de la primera en regular, desde la perspectiva de la ley suprema, el enriquecimiento ilícito. Así, el Art. 217 expresa: *“Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al*

Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad criminal 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 su patrimonio.

*Los juicios por enriquecimiento sin causa justa, sólo podrán incoarse dentro de dos años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento ”.*²⁶

Como se aprecia, la normativa del enriquecimiento ilícito es muy amplia y apropiada para juzgar este delito. Los servidores tienen la obligación de restituirle al Estado lo que hayan tomado del erario nacional, dejando subsistente la responsabilidad penal; el inciso segundo, incorpora una verdadera presunción constitucional del injusto, lo cual es muy novedoso porque las anteriores Constituciones no consideraban este delito de manera independiente sino que debía inferirse; el inciso tercero, otorga la competencia a la Corte Suprema de Justicia para recibir las declaraciones juradas de ingresos y egresos de los servidores públicos y de sus familiares más cercanos; y finalmente, el inciso cuarto, determina dos años como período de prescripción para el enriquecimiento ilícito.

Constitución de 1983

Se consolida el Principio de Legalidad para los funcionarios públicos, aunque redactado de manera diferente. Literalmente dice: *“Los funcionarios del Gobierno son*

²⁶ Constitución de la República. (1950). Art. 217

*delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.*²⁷

La responsabilidad de los funcionarios públicos está incorporada en el Art. 235 y es una copia fiel de la regulación hecha en la Constitución de 1950.

Por su parte, el enriquecimiento ilícito, mantiene una normativa casi idéntica. Los tres primeros incisos se mantienen intactos; a la parte última del inciso cuarto se le adiciona que “*La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación*”²⁸ (declarar el estado del patrimonio al concluir el ejercicio del cargo); finalmente, la otra modificación que introduce es que aumenta el período de la prescripción a diez años.

²⁷ Constitución de la República. (1983). Art. 86 inc. 3°

²⁸ Ibid. Art.

2.1.2.1.1.3.2.- En la Legislación Secundaria. Leyes Penales

Código Penal de 1826

Por tratarse del primer Código penal de El Salvador, se hizo una adopción del Código de las Cortes Españolas del 9 de julio de 1822.

El Título VI “Delitos y Culpas de los Funcionarios Públicos en el Ejercicio de sus Cargos”, regula los actos de corrupción. El enriquecimiento ilícito no estaba tipificado pero puede inferirse de otros injustos, tales como la malversación de los caudales públicos y las exacciones.

Código Penal de 1859

La Parte General de este Código, en el Capítulo 4, Art. 11, se refiere a las circunstancias que agravan la pena. Es importante mencionar que dentro de las mismas se establece que el carácter público del sujeto activo del delito modifica la pena.

En cuanto a la Parte Especial, el Código Penal de 1859 no hace una regulación expresa sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, esta conducta ilegal se puede inferir de tipos como la malversación de caudales públicos, tipificada en el Capítulo 13. El Art. 313 hace referencia al hecho que el empleado público “*applicare a*

usos propios los caudales o efectos puestos a su cargo”²⁹ y para lo que se exigía que se causare daño o entorpecimiento al servicio público.

El Art. 321 introduce el supuesto que el empleado público utilice en provecho propio las exacciones impuestas.

Código Penal de 1893

En la Parte General, Capítulo 4, Art. 11, continúa manteniendo dentro de las agravantes la cualidad especial del sujeto activo, es decir, el carácter público.

En la Parte Especial, el Capítulo VII se refiere a los “Delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Funciones”.

Se sostiene la misma regulación que en el Código anterior, y lo hace en el Art. 345.

También funda una normativa idéntica sobre las exacciones en provecho del empleado público, con la salvedad que ahora se encuentra establecida en un artículo y no como un inciso, preceptuado así por el Código de 1859.

²⁹ Código Penal de El Salvador. (1859). Art. 313

Código Penal de 1904

Dentro de las agravantes de la responsabilidad criminal se sigue destacando el carácter público del sujeto activo. Se encuentra regulada en el Capítulo IV, Art. 10, causal 10.

Este Código tampoco se refiere el delito de enriquecimiento ilícito, lo cual es lógico tomando en cuenta que en este tiempo aún no existía. La normativa penal de 1904 es aplicable en los mismos términos que los Códigos penales anteriores. El Título VII “De los Delitos de los Empleados Públicos en el Ejercicio de sus Cargos” regula la malversación de caudales públicos con una pequeña diferencia, el Art. 339 expresa: *“El funcionario que con daño o entorpecimiento del servicio público aplicare a usos propios o ajenos, sin ánimo de apropiárselos, los caudales o efectos puestos a su cargo...”*³⁰; en este comportamiento típico hay ausencia del ánimo de lucro por parte del empleado público. Los Códigos antecesores no trataban este elemento subjetivo del tipo.

El Art. 347 estipula en idéntica manera las exacciones ilegales en provecho del empleado público como lo hacían los otros Códigos penales.

³⁰ Código Penal de El Salvador. (1904). Art. 339

Código Penal de 1973

Continúa manteniendo el carácter público del sujeto activo como una agravante general, según lo dispone el Art. 42, 9ª *“Prevalecerse el delincuente de su cargo público o abusar de la confianza depositada en él por razón de su ministerio o profesión”*.

En el Código Penal del año de 1973 regula por primera vez en forma expresa el delito de enriquecimiento ilícito; el legislador lo hace en el Art. 447. Dicho precepto tiene relevancia dado que trata de normar una conducta que se estaba quedando en la impunidad producto de dificultades probatorias con respecto a los otros delitos relativos a la Administración Pública.

La disposición estaba redactada así: Art. 447 *“El funcionario o el empleado público que sin incurrir en ninguno de los delitos de este capítulo se enriqueciere sin justa causa, a costa de la Hacienda Pública o Municipal será sancionado con prisión de seis meses a seis años.*

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital de 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 hubiese 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”.

Este injusto tiene la característica de ser subsidiario porque se aplicaba en defecto que no se pudieran probar las otras conductas típicas del Capítulo I, denominado “Delitos cometidos por Funcionarios y Empleados Públicos”, de la Sección Segunda “Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos”.

Se incluye en este segundo inciso una presunción que va en contra del servidor público cuando los bienes que ostenta no sean proporcionales a los ingresos obtenidos en virtud de su cargo.

Código Penal de 1998

Para este entonces, los avances en el Derecho Penal contemporáneo han permitido configurar y estructurar tipos penales según las necesidades de cada región o país. De ello resulta, que en los países de América Latina se regulen comportamientos como el enriquecimiento ilícito.

La Parte General de este Código clasifica los delitos en oficiales o comunes. Los primeros son aquellos cometidos por los funcionarios o empleados públicos; se trata de una cualificación especial del sujeto activo que se encuentra en el Art. 22.

Otro aspecto muy novedoso es que el Art. 39 explica lo que, a efectos penales, debe entenderse por funcionario público, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de autoridad. Aunque se ha criticado que el Derecho Penal no debe ocuparse de este tipo de definiciones porque es materia reservada al Derecho

Administrativo, sí resulta muy propicio para facilitar el estudio y adecuación del tipo penal en el caso concreto.

Sin embargo, dejó de incorporar la agravante genérica del carácter público del sujeto activo que había sido adoptada desde el primer Código Penal.

Actualmente, el delito de enriquecimiento ilícito se halla tipificado en el Art. 333. Expresamente manifiesta: *“El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.*

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

Las diferencias de este artículo con relación al Código Penal de 1973 son que la pena sufre un incremento de tres a diez años de prisión, anteriormente la pena era de seis meses a seis años; agrega la penalidad de las personas que se prestan a ocultar los fondos de los servidores públicos que tienen un origen ilícito y a su vez impone la inhabilitación especial en el ejercicio del servidor público.

2.2.- ELEMENTOS BÁSICOS TEÓRICOS

Para comprender este tipo penal se hace necesario realizar un profundo análisis sobre el delito, su estructura y clasificación utilizando para ello la Teoría General del Delito.

2.2.1.- GENERALIDADES

Díaz de León en su Diccionario de Derecho Procesal Penal, define el delito de enriquecimiento ilícito como; “el delito en el cual incurre quien siendo servidor público utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio, sin comprobar su legítima procedencia”.

El tipo penal en estudio responde a la necesidad de sancionar de manera más eficaz la corrupción de los servidores públicos; obedece, entonces, al hecho evidente que muchos funcionarios y empleados públicos ostentaran riquezas, sin razón alguna que las justificara, sumado al problema de falta de pruebas que fundamenten la comisión de los demás delitos que resguardan la Hacienda Pública mediante los cuales se enriquecen ilícitamente los servidores públicos.

El Código Penal regula en el artículo 333 el delito de enriquecimiento ilícito, el cual está redactado de la siguiente manera:

“El funcionario o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

La interpretación de la norma anterior debe hacerse con relación al Art. 240 de la Constitución de la República. Además de ser el fundamento constitucional del delito de enriquecimiento ilícito es un complemento de la precitada disposición en el Código Penal; muchos de los elementos que configuran este tipo penal según el Derecho Comparado, en El Salvador se desarrollan en la Constitución de la siguiente manera:

“Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren 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 aquellos 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 incremento 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 o 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 verdad 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”.

Los elementos que desarrolla la disposición constitucional y que en otros países forman parte del tipo penal de enriquecimiento ilícito son los referentes al tiempo dentro del cual se puede incoar los juicios, la secretidad de las declaraciones de patrimonio de los funcionarios públicos y la llamada presunción del delito de enriquecimiento ilícito.

EL PERFIL CONSTITUCIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO EN EL SALVADOR

La Constitución de la República, es la principal fuente y marco limitador de la norma jurídica; contiene además el diseño orgánico y funcional del Estado, en ese sentido la Carta Magna contiene, para los intereses de la investigación, un perfil del servidor público, que consiste en una serie de requisitos que la Constitución exige, tanto para los aspirantes a cargos públicos de primera como de segunda elección.

En cuanto al perfil de los servidores públicos, que son propuestos a cargos de elección de primer y segundo orden, la Constitución los establece en los apartados encargados de desarrollar lo concerniente a los órganos del Estado, a las instituciones autónomas e independientes.

CANDIDATURAS A ELECCIÓN POPULAR

DIPUTADOS Y DIPUTADAS A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

El perfil constitucional para los candidatos y candidatas a diputadas y diputados se encuentra en la Constitución en el TÍTULO VI ÓRGANOS DEL GOBIERNO. ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS, CAPÍTULO I, ÓRGANO LEGISLATIVO. Sección primera Asamblea Legislativa. Específicamente en el Art. 126, literalmente establece que para ser diputado se requiere ser mayor de veinticinco años, salvadoreño

por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreña, de notoria honradez e instrucción y no haber perdido los derechos de ciudadano en los cinco años anteriores a la elección.

El perfil está configurado por requisitos de edad, de vida, mayor de veinticinco años, para garantizar madurez en la personalidad del funcionario que le permita actuar con responsabilidad en el ejercicio del cargo; requisitos de nacionalidad, específicamente salvadoreño por nacimiento, en doctrina conocido como el IUS SOLIS, que sea hijo de padre o madre salvadoreña, conocido también como el IUS SANGUINIS. El constituyente optó por colocar como requisitos los dos criterios utilizados para considerar a una persona nacional de un país, seguramente para garantizar que las decisiones de este órgano sean tomadas única y exclusivamente en atención del interés del Estado salvadoreño y asegurar de esa manera la soberanía nacional.

También se encuentran requisitos de carácter moral, como el de notoria honradez y de capacidad instructiva. Cuando establece “de notoria honradez e instrucción”, termina con el requisito de no haber perdido los derechos de ciudadano en los cinco años anteriores a la elección; de acuerdo al Art. 75 de la Constitución, los derechos de ciudadano se pierden por conducta notoriamente viciada, los condenados por delitos, los que compren o vendan votos, los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República, o empleen medios directos encaminados a ese fin; y los funcionarios, las autoridades y los agentes de éstas que coarten la libertad del sufragio.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Para ser Presidente de la República el perfil que la Constitución exige es, según el Art. 151, ser salvadoreño por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreño; del estado seglar, mayor de treinta años de edad, de moralidad e instrucción notorias; estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano, haberlo estado en los seis años anteriores a la elección y estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

En cuanto a este perfil no se observan modificaciones sustanciales respecto del perfil para los diputados, los cambios son tener una mayoría de edad de más de treinta años, esto con el fin de contar con funcionarios con mayor madurez, preparados emocionalmente para conducir el Estado, de estado seglar, en atención a las buenas costumbres que deben tener los jefes de Estado y, estar afiliado a los partidos políticos reconocidos legalmente, como una especie de control por parte de estas instituciones político partidarias.

CONSEJOS MUNICIPALES

La Constitución también establece un perfil para los candidatos y candidatas a Consejos Municipales, lo regula el Art. 202, los requisitos son ser mayores de veintiún años de edad y originarios o vecinos del municipio. El constituyente no valoró necesario determinar más requisitos en el perfil de los miembros a Consejos Municipales. Existe un perfil más desarrollado en el Código Municipal, en el Art. 26 y básicamente contiene

los requisitos principales de los demás cargos públicos a elección popular desarrollados en la Constitución.

¿Quiénes son los encargados de velar porque estos requisitos sean cumplidos por parte de los aspirantes a cargos de elección popular? En principio se diría que los encargados son los partidos políticos, quienes los proponen como sus candidatos a la población; la lógica indica que con el propósito de incentivar el voto en la población deben ser personas intachables. En un segundo plano, el Tribunal Supremo Electoral realiza esta verificación, lo hace al momento en que los partidos inscriben a sus candidatos para las contiendas políticas, al exigirles que presenten una serie de documentos para probar la honradez de los candidatos.

CANDIDATURAS A ELECCIÓN SEGUNDARIA

ÓRGANO JUDICIAL

MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Según el artículo 176 de la Constitución, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere: ser salvadoreño por nacimiento, de estado seglar, mayor de cuarenta años de edad, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber desempeñado una magistratura de segunda instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante nueve años, o haber tenido la autorización

para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo.

Los requisitos son, ser salvadoreño por nacimiento, a diferencia de los demás perfiles que se han analizado, los Magistrados de las Salas de la Corte Suprema de Justicia pueden ser hijos de padres extranjeros. Existe acá una mayoría de edad respecto a los perfiles de los demás funcionarios públicos, en este caso es de cuarenta años, moralidad y competencia notoria.

También requisitos de idoneidad, como ser abogado de la República. Por otra parte con mucha experiencia en la carrera judicial, como lo deja claro el requisito de haber desempeñado una magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una judicatura de Primera Instancia durante nueve años, o haber tenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección.

Finalmente, respecto al artículo 72 y 75 de la Constitución, estar en el pleno goce de los derechos de ciudadano y no haberlos perdidos en los seis años anteriores a la elección al cargo.

MAGISTRADO DE LAS CÁMARAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Según el Art. 177 de la Constitución, para ser Magistrado de Cámaras de Segunda Instancia se requiere: ser salvadoreño, del estado seglar, mayor de treinta y cinco años, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber servido una judicatura de Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de su elección; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo.

Para ser Magistrado de las Cámaras de Segunda Instancia es necesario ser salvadoreño, no importa si es por nacimiento o por naturalización, con una edad mínima de treinta y un años, una edad menor que la exigida para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Requisitos de idoneidad como ser abogado de la República, moralidad y competencia notorias, con experiencia en la carrera judicial, exige el perfil que debió servir una judicatura de Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de su elección, tener el goce de los derechos ciudadanos en atención a los artículos 72 y 75 de la Constitución y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo.

Tanto para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia como para magistrados de Cámaras de Segunda Instancia, el constituyente estableció una prohibición que bien puede considerarse dentro del perfil Constitucional, ésta es la que

se encuentra en el artículo 178 que prohíbe que sean Magistrados los miembros de la Corte Suprema de Justicia como Magistrados de una misma Cámara de Primera Instancia, los cónyuges ni los parientes entre sí, comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

JUECES DE PRIMERA INSTANCIA

El perfil que los jueces de primera instancia deben cumplir lo determina el artículo 170 que requiere ser salvadoreño, del estado seglar, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber servido una judicatura de paz durante un año o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado dos años antes de su nombramiento; estar en el goce de sus derechos como ciudadano y haberlo estado los tres años anteriores al desempeño de su cargo.

JUEZ DE PAZ

El perfil que la Constitución otorga a estos servidores públicos se encuentra en el artículo 180, estos son: ser salvadoreño, abogado de la República, del estado seglar, mayor de veintiún años, de moralidad y competencia notorias; estar en el goce de los derechos ciudadano haber lo estado en los tres años anteriores a su nombramiento...

Los cargos que ocupan los Magistrados y Jueces son de elección secundaria, es decir que no son elegidos de manera directa por el pueblo soberano: los diputados eligen a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a su vez estos eligen a los Magistrados de Cámaras, a los Jueces de Primera Instancia y a los Jueces de Paz, , según el artículo 182 numeral 9 y, quienes deben al momento de proponer y elegir, verificar que los postulados cumplan con el perfil constitucional establecidos para estos cargos.

Dentro de los funcionarios a elección secundaria están también al Procurador General de la República, al Fiscal General de la República y al Procurador de Derechos Humanos de la República, con la excepción que los requisitos que deben cumplir los candidatos a Procurador de Derechos Humanos no están establecidos en la Constitución si no en la ley de esta Institución.

OTROS CARGOS A ELECCIÓN SEGUNDARIA CON PERFIL CONSTITUCIONAL

PROCURADOR GENERAL DE LA REPUBLICA Y FISCAL GENERAL DE LA REPUBLICA

El perfil que la Constitución exige que deben cumplir para ser electos Procurador General de la República y Fiscal General de la República son, según el artículo 192, los mismos requeridos para ser Magistrado de Cámara. Se requiere por tanto ser salvadoreño, no importa si lo es por nacimiento o por naturalización, del estado seglar,

mayor de treinta y cinco años de edad, abogado de la República, de moralidad y competencia notorias; haber servido una judicatura de Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de su elección; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo.

PRESIDENTES Y MAGISTRADOS DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPUBLICA

Es de elección secundaria también el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, y el perfil que la constitución exige para este cargo se encuentra en el artículo 198 que expresa que deberán ser salvadoreños por nacimiento, mayores de treinta años, de honradez y competencia notorias; estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a su elección.

En el artículo 131 de la Constitución regula lo concerniente a las responsabilidades de la Asamblea Legislativa, estatuye en el numeral 19 elegir por votación nominal y pública a los siguientes funcionarios: Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, Presidente y Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y Miembros del Consejo Nacional de la Judicatura.

Para todas estas elecciones la Asamblea Legislativa debe verificar que los propuestos para estos cargos cumplan con el perfil dado por la Constitución. Por otra parte algunos de estas funciones como el Presidente del Tribunal Supremo Electoral y el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos no tienen en la Constitución, estos se desarrollan en sus respectivas leyes secundarias.

Es importante garantizar estos perfiles, el carácter de servidor público exige una moralidad intachable en la forma de administrar el patrimonio y conducir al Estado, los encargados de elegir a estos funcionarios deben procurar lo más que puedan hacer cumplir este diseño como una forma preventiva de salvaguardar la Administración Pública.

2.2.2.- NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Los doctrinarios han llegado a una conclusión unánime acerca de la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito. Este tipo penal es de carácter subsidiario, autores colombianos y argentinos son quienes comparten esta conclusión, son además las doctrinas más destacadas respecto al tipo de enriquecimiento ilícito, sobre todo porque este delito fue creado en los países de América del Sur. Entre estos autores se encuentran Sebastián Soler, Marcelo Sancinetti, Edgar Alberto Donna, Jorge Luis Villada, Jorge E. Buompadre, Erleans de Jesús Peña Ossa y Alfonso Gómez Méndez.

Todos ellos basan su posición argumentando que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la Administración Pública cometidos por los servidores públicos por dificultades probatorias.

Por no probar los delitos que permitieron el incremento patrimonial, se optó por la creación de un tipo penal que se utilizaría, precisamente, en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal.

Según Jorge E. Buompadre *“la corrupción, la concusión, el peculado, las negociaciones ilícitas incompatibles son delitos ejecutados ordinariamente de modo subrepticio y astuto... Así resulta que la dificultad de esa prueba concretamente referida a un hecho viene a determinar absoluciones que podríamos llamar escandalosas porque*

*benefician a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en el curso de pocos años de desempeño de una función pública sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes. Para salvar esa dificultad... lo más expedito consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial”.*³¹

También la realidad latinoamericana respecto a la grave situación de la corrupción de los servidores públicos influyó para la creación de este tipo penal, “... se inspiraron en el problema criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente <comprobado>. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría <fácil> probar el hecho delictivo...”³².

Cuando por falta de prueba no se puede exigir la responsabilidad penal de alguno de los tipos penales que resguardan el bien jurídico de la Hacienda Pública,

³¹ Jorge E. Buompadre, *Delitos Contra la Administración Pública*, pag 339.

³² Marcelo A. Sacinetti, *El Delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios Públicos*, (2000), pag 17 y 18.

peculado, cohecho y exacción es que de manera subsidiaria, fundándose en la realidad fáctica del incremento injustificado del patrimonio de un servidor público, se aplica el tipo penal de enriquecimiento ilícito, otorgándole la naturaleza de subsidiariedad.

2.2.3.- FORMAS DE REALIZAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Se ha comprobado que el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal de naturaleza subsidiaria, es decir que se aplica en defecto de los otros tipos penales que protegen la administración del Estado cuando no pueden imputárseles a los servidores públicos por falta de prueba. Por ello, los procedimientos a través de los cuales los servidores públicos se enriquecen ilícitamente son invariablemente delictivos en sí mismos, esto es así porque lo hacen a través de las acciones concerniente a los tipos penales que protegen la Administración Pública, tales como el peculado, peculado por culpa, concusión, negociaciones ilícitas, exacción, cohecho propio, cohecho impropio y malversación.

Las conductas descritas en los tipos penales que protegen la Administración Pública (cohecho, exacción, malversación, peculado, entre otros) y que no pueden ser imputadas por falta de prueba son las formas como los servidores públicos se enriquecen ilícitamente.

2.2.4.- CLASIFICACION DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILICÍTO

I-) SEGÚN SU ESTRUCTURA LOS TIPOS SE CLASIFICAN EN:

a) Tipos Básicos o Fundamentales

“Describen de manera independiente un modelo de comportamiento humano”³³.

El enriquecimiento ilícito es un tipo básico porque se aplica sin sujeción a ningún otro tipo penal.

b) Tipos Especiales o Autónomos

“Son aquellos que, además de los elementos del tipo básico o fundamental, contienen otros que pueden ser nuevos o modificatorios de aquél cuya aplicación excluyen”³⁴, por ejemplo el homicidio piadoso (Atr.130 Pn.) y el hurto de uso (Art. 210 Pn.), ambos tipos penales contienen elementos modificatorios del tipo base; en el primer ejemplo el elemento es el móvil de piedad, mediante el que se excluye la aplicación del tipo base de homicidio y se le da preferencia al tipo especial. En el segundo ejemplo, el elemento modificatorio es que no existe intención de apropiación del bien mueble; mientras que en el tipo base de hurto, exige la intención de apropiación de la cosa.

³³Teoría General del Delito. Velásquez, Fernando. Editorial Temis S.A. Santa Fe Bogotá-Colombia. 1994. Pág. 344

³⁴ Ibid. Velásquez Velásquez. Pág. 344.

El enriquecimiento ilícito no se puede clasificar como un tipo especial o autónomo, porque no se deriva de ningún otro tipo penal y por lo tanto no puede contener elementos modificatorios.

c) Tipos Subordinados o Complementarios

“Son los que refiriéndose a un tipo básico o especial señalan determinadas circunstancias o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos; por ello, no pueden excluir la aplicación de aquellos y suponen su presencia”³⁵, por ejemplo las lesiones muy graves (Art. 144 Pn.) y el homicidio agravado (Art. 129 Pn.). Estos reconocen un verbo rector estipulado en un tipo básico, pero regulan ciertas circunstancias que califican la acción de forma particular, en el primer caso la circunstancia o aspecto que califica la conducta es “grave deformidad física en el cuerpo, grave perturbación funcional permanente, pérdida de la función o pérdida anatómica de un órgano o miembro principal, grave perturbación psíquica, enfermedad que pusiere en grave peligro la salud de la persona” y en el segundo caso, “1- En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con que se conviviere maritalmente; 2- Con alevosía, premeditación o con abuso de superioridad, entre otros.

³⁵Ibib. Velásquez Velásquez. Pág. 344.

El enriquecimiento ilícito no se puede clasificar según este criterio porque está regulado en un sólo artículo, por lo que no posee ningún otro que lo complemente, agrave o atenúe.

d) Tipos Elementales o Simples

“Sólo describen un modelo de comportamiento, concretado por medio de un verbo rector”³⁶. El delito en análisis sólo contiene un verbo rector “obtener”; y es comprendido como el adueñarse de un bien ajeno o el despojo de éste; el enriquecimiento ilícito se clasifica por lo tanto como un tipo elemental o simple.

e) Tipos Compuestos

“Describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales estaría en capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta”³⁷. Por ejemplo el delito de actos de terrorismo contra la vida, integridad personal o la libertad de persona internacionalmente protegidas y funcionario públicos (Art. 5 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo), contiene una pluralidad de conductas y cada una constituye tipos independientes, el primer inciso de este artículo manifiesta “el que ejecutare un acto contra la vida, la integridad personal, la libertad o seguridad de una persona internacionalmente protegidas”.

Se subdividen en:

³⁶ Ibid. Velásquez Velásquez. Pág. 344.

³⁷ Ibid. Velásquez Velásquez. Pág. 345.

- **Complejos:** *“Suponen la concurrencia de dos conductas, cada una de las cuales es constitutiva de un tipo independiente, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto dotado de independencia³⁸”*. Por ejemplo, el Art. 129 numeral 2 del Código Penal. Otro ejemplo es la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

El tipo de enriquecimiento ilícito no se puede adecuar a esta clasificación porque únicamente incorpora una conducta y no dos como lo exige esta sub clasificación, la única conducta del tipo en estudio es “obtener incremento patrimonial injustificado”.

- **Mixtos:** *“Son los que pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se conforman con la realización de una cualquiera de ellas³⁹”* por ejemplo el tráfico ilícito de drogas (Art. 4 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas), cuyos verbos rectores son “cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, deposito, almacenamiento, transporte, distribución, suministro y transito de droga”, basta la realización de uno de estos verbos rectores para que se consume el delito.

El enriquecimiento ilícito no puede ajustarse a esta clasificación por ser un tipo simple, tiene una sola conducta “obtener incremento patrimonial injustificado” y no “diversas modalidades de conducta” tal como lo exige esta clasificación.

³⁸ Ibid. Velásquez Velázquez. Pág. 345.

³⁹ Ibid. Velásquez Velázquez. Pág. 345

f) Tipos en Blanco

“Indican aquellos eventos en los cuales el supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal”⁴⁰. El enriquecimiento ilícito no es una norma penal en blanco porque el artículo 333 del Código Penal regula de manera completa la conducta típica; y a pesar que existe la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, la cual es de carácter administrativo, el tipo penal no hace remisión a ésta, más aún porque es una ley que data de 1959, es decir, existe años antes de la creación del ilícito.

Un ejemplo es el Art. 255 del Código Penal que regula la contaminación ambiental, porque remite a los reglamentos administrativos. También el Art. 261 del Código Penal que tipifica la depredación de flora protegida.

⁴⁰ Ibib. Velásquez Velázquez. Pág. 345.

II-) POR LA MODALIDAD DE LA CONDUCTA

a) Por las Modalidades de la Parte Objetiva

1. Tipos de Acción y Tipos de Omisión

1.1. Tipos de Acción

“Se llaman delitos de acción aquellos en que la ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva”⁴¹. La regulada en el artículo 333 del Código Penal consiste en obtener un incremento patrimonial de manera injustificada, el enriquecimiento se constituye como un delito de acción; y para que se configure, el sujeto activo debe realizar la conducta descrita en la norma penal.

1.2. Tipos de Omisión

- Los delitos de omisión son: “...aquellos en los que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo”⁴². El legislador ha estipulado de forma explícita la ejecución del ilícito.

Los tipos Omisivos se subclasifican en:

⁴¹ Derecho Penal parte general, fundamento y teoría del delito. Santiago Mir Puig. Pág. 215 Editorial PGU. Barcelona, España 1990.

⁴² Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 217.

1.2.1. Tipos de Omisión Propia o Pura

- “En ellos se describe sólo un no hacer, con independencia de si del mismo se sigue o no un resultado⁴³”. Por ejemplo, la omisión del deber de socorro que sí se califica como una omisión propia o pura, por estar regulada de manera expresa en el artículo 175 Pn.

El enriquecimiento ilícito no se individualiza como un tipo de omisión propia por no encontrarse expresamente tipificado como tal.

1.2.2. Tipos de Omisión Impropia o Comisión por Omisión

“En estos delitos se ordena evitar un determinado resultado, no basta entonces el no hacer, si no que la producción del resultado se realice⁴⁴”. El servidor público tiene la obligación de administrar adecuadamente los fondos que le son asignados por parte del Estado y al permitir que otra persona obtenga un incremento patrimonial injustificado contribuye a que se realice el ilícito.

- El sujeto tiene el deber de evitar el resultado lo que se conoce como “*posición de garante*”. Es preciso que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión. En el caso del

⁴³Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 216.

⁴⁴ Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 217.

enriquecimiento ilícito, es un deber del funcionario, empleado público o autoridad pública proteger los bienes del Estado, que incumben a la Administración Pública y que están a su cargo, es lo que se conoce como un “*especial deber jurídico del autor*”; esta obligación especial convierte al sujeto en garante de la no producción del resultado. Podrían incurrir en esta responsabilidad los auditores internos de las instituciones del Estado, los auditores de la Corte de Cuenta, y en términos generales todos los funcionarios y empleados públicos. El artículo 235 de la Constitución de la República literalmente expresa: “Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”.

Esta disposición es fundamental para exigir a los servidores públicos que respondan por los actos que cometan durante el ejercicio de sus funciones.

Desde el momento de la protesta los funcionarios se comprometen a:

- 1) Guardar fidelidad al país.

2) Cumplir y hacer cumplir la Constitución, aunque ello implique incumplir a otras leyes o resoluciones que contraríen su contenido.

3) Cumplir con los deberes que le impone la naturaleza de su cargo.

En los delitos de comisión por omisión, el sujeto activo no puede ser cualquier persona que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo.

Amplia ha sido la discusión del equipo investigador sobre si el delito de enriquecimiento ilícito puede ser cometido en comisión por omisión. El análisis ha tenido el propósito de construir un caso hipotético que mediante una omisión de funciones realizadas por un servidor público resulte un daño al bien jurídico tutelado por el delito en estudio, produciendo en el agente activo un aumento patrimonial injustificado sin dejar de lado la condición de aplicación de este tipo penal, cual es su carácter de subsidiariedad.

El resultado de las construcciones hipotéticas ha sido positivo, se ha elaborado un caso que reúne todos los elementos requeridos por la estructura del enriquecimiento ilícito realizado en comisión por omisión.

Por ejemplo, un auditor de la Corte de Cuentas de la República que en realización de sus funciones efectúa una auditoría interna a una alcaldía y que durante el proceso de ejecución de la contraloría los miembros del Concejo Municipal le pidan

omita revisar ciertas partidas presupuestarias con el propósito de encubrir una malversación de fondos, a cambio, le prometen trasladarle a su cuenta de ahorros una cantidad de diez mil dólares. El empleado de la Corte de Cuentas accede a la petición, recibe el dinero prometido y se consuma el delito.

En la investigación realizada por el agente auxiliar del Fiscal General de la República se encuentran elementos para deducir que el auditor de la Corte de Cuentas cometió el delito de cohecho propio, al recibir una dádiva para no hacer un acto propio de sus funciones; que el auditor tiene el carácter de garante del patrimonio del Estado, de ahí se deduce que está obligado a evitar el resultado de malversación de fondos públicos u otros delitos contra la Administración del Estado; del mismo análisis se deducen problemas de probanza, al no poder encontrar evidencias que sirvan para responsabilizar al auditor por el referido delito en el proceso penal, por lo que de manera subsidiaria pide la responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito en comisión por omisión, dado que el servidor público mediante la omisión de su función produjo el resultado de malversación de fondos, resultado obligado a evitar, y producto de ello se enriqueció ilícitamente en ocasión de sus funciones.

2. Tipos de Mera Actividad y Tipos de Resultado

2.1. Tipos de Mera Actividad

Por delitos de mera actividad se entiende “*aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto y por tanto no se produce un resultado separable de ella*”⁴⁵. Por ejemplo las amenazas (Art. 154 Pn.). El tipo no requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente.

El ilícito penal en análisis no es un tipo de mera actividad, porque con la acción se produce un resultado separable espacio-temporalmente.

2.2. Tipos de Resultado

Se definen como “*aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor.*”⁴⁶ Por lo tanto, el enriquecimiento ilícito pertenece a esta clasificación al exigir junto a la acción de apropiación, la producción de un resultado material de lesión hacia la Administración Pública como bien jurídico tutelado. Se alude a éste como la modificación producida en el mundo exterior, separada espacio-temporalmente, porque es necesaria la realización de la acción y un efecto o consecuencia; en el ilícito

⁴⁵ Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Claus Roxin. Segunda edición alemana. 2001.

⁴⁶ Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Claus Roxin. Segunda edición alemana. 2001.

en análisis la acción es el incremento patrimonial injustificado por parte del servidor público; y el resultado, la disminución de los caudales públicos del Estado.

Estos se subclasifican en:

2.2.1. Tipos Instantáneos

“Estos delitos se consuman en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera⁴⁷”. En el enriquecimiento ilícito cuando el funcionario, empleado público o la autoridad pública realizan la acción de incrementar su patrimonio de forma injustificada, instantáneamente se produce el resultado, es por ello que se clasifica como un tipo instantáneo; el resultado consiste en el menoscabo del patrimonio que estaba destinado a la sociedad.

2.2.2. Tipos Permanentes

“Supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración, por la voluntad del autor, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando, hasta que se abandona la situación antijurídica⁴⁸”. Un ejemplo de este tipo es el secuestro (Art. 149 Pn.); el mantenimiento de esa situación antijurídica sigue realizando el tipo o se mantiene en el tiempo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que se abandona esa situación.

⁴⁷ Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 216.

⁴⁸ Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 216.

Para la consumación del delito de enriquecimiento ilícito basta con el mero incremento patrimonial de forma injustificada sin que se configure una situación antijurídica duradera por lo que este tipo penal no se clasifica desde este criterio.

2.2.3. Tipos de Estado

“Crean un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento⁴⁹”.

Por ejemplo los matrimonios ilegales (Art. 192 Pn.) y la falsedad material (Art. 283 Pn.) producen un estado antijurídico que perdura.

El enriquecimiento ilícito no se puede clasificar como un tipo de estado porque el funcionario, empleado público o autoridad pública que lo comete no produce un estado permanente.

3. Tipos de Medios Determinados y Tipos Resultativos

“En los delitos de medios determinados la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad, en los delitos de medios resultativos basta cualquier conducta que cauce el resultado típico, sin

⁴⁹ Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 216.

limitación de modalidades de acción.”⁵⁰. Se clasifica el delito de enriquecimiento ilícito como un tipo resultativo porque en la descripción de la conducta típica no hay un medio determinado de que haga uso el sujeto activo para ejecutar la acción de obtener incremento patrimonial injustificado, basta con que se produzca el resultado sin importar el medio para que se configure el tipo.

4. Tipos de un Acto, Pluralidad de Actos y Alternativos

4.1. Tipos de un Acto

“*Son aquellos en los que se describe una sola acción a realizar*”. Tal es el caso del hurto regulado en el artículo 207 del Código Penal porque basta una sola acción de apoderamiento para que se configure el ilícito.

El enriquecimiento ilícito se clasifica como un tipo de un acto porque basta con que el sujeto activo realice la conducta de obtener un incremento patrimonial descrito en la norma penal.

⁵⁰ Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 218

4.2. Tipos de Pluralidad de Actos

“Según que el tipo describa varias acciones a realizar”⁵¹. En estos tipos se requiere el cumplimiento de varias acciones, las cuales se deben realizar para configurar el delito. Por ejemplo, la violación tipificada en el artículo 158 del Código Penal; requiere acceso carnal y violencia; el delito de robo regulado en el artículo 212 exige violencia y apoderamiento.

El delito de enriquecimiento ilícito no se adecua a este criterio porque se realiza en una solo acción y no dos o más acciones como lo requiere esta clasificación.

4.3. Tipos Alternativos

“El tipo establece varias alternativas a través de las cuales se puede configurar”. Dicho de otra manera, basta con que se realice cualquiera de las conductas mencionadas en el tipo para que se configure completamente el delito. Ejemplo de ello es el allanamiento de morada, normado en el artículo 188 Código Penal, y que prevé dos modalidades posibles: la entrada en morada ajena o el mantenerse en ella contra la voluntad del morador.

⁵¹ Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 218.

5.- Tipos Abiertos

*“Son los que han sido redactados acudiendo a pautas generales, sin precisar las circunstancias de la conducta ni indicar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado; o las figuras que deliberadamente contienen referencias meramente ejemplificativas o totalmente vagas, indefinidas o equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción.”*⁵² Por ejemplo el delito de tortura (Art. 297 C. Pn.) porque no define qué debe entenderse por este acto, por lo que hay que buscar su significado en base a las pautas y conocimientos generales.

El enriquecimiento ilícito no puede ser un tipo abierto, porque con el verbo rector incremento patrimonial injustificado, deja clara la conducta constituyente del tipo.

6.- Tipos Cerrados

*“Cuando los supuestos del hecho determinan con precisión las diversas circunstancias típicas, de tal manera que las conductas mandadas o prohibidas se desprenden con toda claridad de la ley.”*⁵³ El enriquecimiento ilícito es un tipo cerrado,

⁵² Teoría General del Delito. Velásquez Velásquez, Fernando. Editorial Temis S.A. Santa Fe Bogotá-Colombia. 1994. Pág. 346.

⁵³ Ibid Velásquez Velásquez, Fernando, Pág. 347.

porque la ley determina la conducta necesaria para que se configure el delito: “incremento patrimonial no justificado”, y debe ceñirse a ella.

B-) Por la Relación de la Parte Subjetiva con la Objetiva

1.- Tipo Congruente y Tipo Incongruente

“Si la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva, concurre un tipo congruente. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo⁵⁴”. El enriquecimiento ilícito es un tipo congruente, porque la fase interna del iter criminis es coherente con la fase externa, y éstas son realizadas con dolo.

“Cuando la parte subjetiva de la acción no se corresponde con la objetiva nos hallamos en presencia de un tipo incongruente. Ello puede suceder en dos sentidos opuestos: por exceso subjetivo y por exceso objetivo⁵⁵”.

1.1.- Por Exceso Subjetivo

Existen dos modalidades. *“Los tipos pueden ser portadores de elementos subjetivos distintos del dolo o constituir una forma de imperfecta ejecución⁵⁶”*.

⁵⁴Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 219.

⁵⁵Ibib. Santiago Mir Puig. Pág. 219.

1.1.1. Tipos Mutilados en dos Actos, de Resultado Cortado o de Tendencia Intensificada

“Los dos primeros se distinguen según que la intención del autor al ejecutar la acción típica deba dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto. Como la adquisición y distribución de droga (*delito de dos actos*) o a un resultado independiente de él, por ejemplo la sedición y la tortura (*delito de resultado cortado*).”⁵⁷ Los delitos de tendencia intensificada “no suponen que el autor busque algo más que está más haya de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico”.⁵⁸ Por ser el enriquecimiento ilícito un tipo congruente no puede clasificarse dentro de esta categoría.

1.1.2. Tipos de Imperfecta Ejecución

“Estos se caracterizan porque el autor perseguía la consumación del delito, sin embargo, no lo consigue, logrando sólo dar inicio a la ejecución del delito o realizando todos los actos de ejecución sin que el delito se produzca⁵⁹”. Estos se subclasifican en:

⁵⁶Ibib. Santiago Mir Puig. Pág.219.

⁵⁷ Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 220.

⁵⁸ Ibid. Santiago Mir Puig Pág. 220.

⁵⁹Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 220.

1.1.2.1. Actos Preparatorios Punibles

“El autor quiere consumir el delito, pero por causas externas lo descubren⁶⁰”.

El enriquecimiento ilícito no se clasifica como un tipo de actos preparatorios punibles, por no encontrarse tipificado en el Código Penal la proposición y conspiración de este delito debido a que los actos preparatorios se sujetan al mandato de taxatividad.

1.1.2.2. Tentativa

“El sujeto da inicio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor⁶¹”. En el enriquecimiento ilícito la tentativa es únicamente posible en un plano teórico, porque desde la perspectiva de la realidad, debe rechazarse tal posibilidad.

1.2. Por exceso Objetivo

“En ellos se produce un resultado no querido por el autor, cuya intención era realizar una acción lícita o de distinta gravedad⁶²”.

Se subclasifican en:

⁶⁰Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 220

⁶¹Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 220

⁶²Ibib. Santiago Mir Puig Pág. 220

1.2.1. Tipos Imprudentes

“Los delitos imprudentes son aquellos en donde no se quiere cometer el hecho previsto en el tipo penal pero se realiza por infracción a las normas de cuidado”. El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor, podía haber observado.

Es un concepto objetivo y normativo. Es objetivo, por cuanto no interesa para determinarlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. Supone además un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente.

Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la acción que, conforme a un juicio razonable “objetivo” eran de previsible producción: “previsibilidad objetiva”; y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella acción que queda por debajo de lo exigido por la sociedad a un hombre medio.

La incongruencia radica en que la fase interna del iter criminis no es coherente con la fase externa del mismo, el resultado producido, no es el querido por el autor. El enriquecimiento ilícito no admite la modalidad culposa por no estar expresamente regulada debido a que los tipos imprudentes son números claxus cuyo fundamento está en el inciso último del artículo 18 Pn.

1.2.2. Tipos Cualificados por el Resultado o Preterintencionales

“La acción inicia con dolo y termina con culpa”. En la legislación salvadoreña no se encuentra vigente esta modalidad de consumación; además el enriquecimiento ilícito no se puede cometer con preterintencionalidad porque la acción de incremento patrimonial por parte del servidor público es particularmente dolosa.

III-) POR LA MODALIDAD DE LOS SUJETOS

A-) Por la Cualificación del Sujeto Activo

1. Tipos Comunes

“En estos tipos la ley no limita el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo “el que...” ejecute la acción típica”. El enriquecimiento ilícito no está dentro de esta clasificación porque el tipo requiere de un sujeto activo cualificado que es el funcionario, empleado público o la autoridad pública.

2. Tipos Especiales

“Sólo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley”. El ilícito en análisis es un tipo especial porque determina de forma taxativa que únicamente serán sujetos activos de este delito los funcionarios, empleados públicos y la autoridad pública.

Los delitos especiales se dividen en:

2.1. Tipos Especiales Propios

“Son los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser

autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta". El enriquecimiento ilícito es un delito especial propio en sentido estricto porque el servidor público tiene una calidad especial y no existe una correspondencia con un delito común cometido por particulares.

2.2. Tipos Especiales Impropios

"Estos tipos guardan correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción". Por ejemplo, el delito de detención ilegal este tipo de injusto guarda una correspondencia con un delito común el cual es la privación de libertad por particulares. El delito de enriquecimiento ilícito no puede ser cometido por particulares. En el Derecho Comparado sí se ha tipificado ya el enriquecimiento ilícito de particulares.

B-) Por la Cualificación del Sujeto Pasivo

1. Tipos Lesivos Generales

"Son aquellos en los que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona". El enriquecimiento ilícito no puede clasificarse como un tipo lesivo general, porque el sujeto pasivo únicamente puede ser en forma específica la administración pública y en forma general el Estado.

2. Tipos Lesivos Cualificados

“El sujeto pasivo tiene características especiales”.

Se subclasifican en:

2.1. Tipos Lesivos Cualificados por Inimputabilidad

“El sujeto pasivo es un inimputable”. Cuando la acción recae sobre una persona inimputable. Por éste se entiende aquel que no tiene capacidad de culpabilidad.

2.2. Tipos Lesivos Cualificados por la Situación de la Víctima

“Este tipo requiere que la víctima se encuentre en una situación especial”. Hace referencia a una determinada calidad del sujeto pasivo inherente a su moralidad o estatus. Un ejemplo de este tipo es el Art. 5 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo en el cual se estipula que la víctima del ilícito es una persona protegida internacionalmente o un funcionario público.

2.3. Tipos Lesivos Cualificados por la Relación Jurídica

“Debe existir una relación jurídica entre el sujeto activo y el pasivo”. Son delitos cometidos a personas que ostentan una relación jurídica con el autor ya sea originada por la ley, como por contrato. Tal es el caso de la quiebra dolosa regulada en el Art. 242 del Código Penal. En este tipo la relación jurídica nace de un contrato que vincula a una de las partes como deudora, y la otra como acreedora. La primera de ellas se sustrae al cumplimiento de la obligación logrando que el juez competente la declare

en quiebra en dolosa, es decir, una insolvencia de pago ocasionada o agravada con la intención de no cumplir con la deuda.

2.4. Tipos Lesivos Cualificados por Prevalimiento

“En estos el sujeto pasivo se encuentra en desventaja”. Cuando se efectúa la acción típica sobre un sujeto que se encuentra en menoscabo relativo al autor originado por cualquier situación. Por ejemplo, el estupro por prevalimiento regulado en el artículo 164 del Código Penal.

C-) Por la Forma de Participación del Sujeto

1.- Tipos de Autoría y Participación

“El tipo de autoría requiere la realización de un delito consumado o no de la Parte Especial, directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (autoría mediata), por sí solo o junto con otros (coautoría)”. *“Los tipos de participación suponen la inducción de o la cooperación con el autor de un delito consumado o no de la Parte Especial”*.

En el enriquecimiento ilícito la autoría se limita al círculo de las personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto activo.

La autoría mediata sería posible siempre y cuando el sujeto que actúa como mero instrumento sea también un servidor público, esto es un requisito sine qua non para que se configure el delito bajo esta modalidad.

El extraño no puede ser autor de este ilícito, ni como autor directo, autor mediato o coautor.

La participación, necesaria o no necesaria, es posible. De hecho, el tipo lo regula de manera expresa al referirse a ella como “la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial injustificado”, según lo dispone el Art. 333 del Código Penal.

D-) Por la Intervención Física del Sujeto

1. Tipos de Propia Mano

“Este tipo exige un contacto corporal o la realización personal del tipo”. Se exige la realización de una acción que por las peculiares circunstancias de la conducta estipulada en el tipo, únicamente las puede cumplir el sujeto activo de manera personal, inmediata y corporal, ejecutando así el verbo rector. Un ejemplo de tipos de propia mano es la violación, regulada en el Art. 158 del Código Penal.

En el enriquecimiento ilícito no existe el contacto corporal entre el autor y el sujeto pasivo porque en este delito, sobre quien recae la acción es el Estado y éste es un ente ficticio por lo cual no es posible el contacto corporal entre ambos.

2. Tipos Psicológicos

“Este tipo no exige un contacto corporal, con el sujeto pasivo”. Por ejemplo las amenazas (Art. 154 Pn.) y los delitos relativos al honor.

El enriquecimiento ilícito no puede considerarse como un tipo psicológico porque en esta clase de normas el sujeto pasivo es una persona natural; mientras que en aquél el sujeto pasivo es de naturaleza abstracta: el Estado.

E-) Por la Concurrencia del Sujeto Activo

1. Tipos Monosubjetivos

*“Aquellos que describen conductas realizadas por un sujeto”*⁶³. El tipo de enriquecimiento ilícito es monosubjetivo porque basta el incremento patrimonial injustificado para que se configure; no necesita la concurrencia de otras personas para que se tenga por consumado el delito.

⁶³ Teoría General del Delito. Velásquez Velásquez, Fernando. Editorial Temis S.A. Santa Fe Bogotá-Colombia. 1994. Pág. 347.

2. Tipos Plurisubjetivos

*“Exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta descrita en la ley”*⁶⁴ Se subdividen de la siguiente manera:

2.1 Tipos de Convergencia

*“Cuando concurren varias personas de manera uniforme para la consecución de un mismo objeto”*⁶⁵ Sucede así con la rebelión y sedición (Arts. 340 y 341 del Código Penal, respectivamente). Estos delitos tienen asistencia de diversas voluntades para un fin común.

2.2 Tipos de Encuentro

*“Concurren varias personas pero de manera autónoma”*⁶⁶. Por ejemplo el aborto consentido (Art. 133 Pn.). En este delito se necesita de dos acciones diferentes que producen un resultado en conjunto, y por esa misma razón la pena es la misma para los sujetos del ilícito.

Tienen como característica la necesaria colaboración de los sujetos activos y pasivos para que se configure el delito. Concurren ambos en una misma relación criminal.

⁶⁴ Ibid Velásquez Velásquez, pág. 347.

⁶⁵ Ibid Velásquez Velásquez, pág. 347

⁶⁶ Ibid Velásquez Velásquez, pág. 347

F-) Por la Relación del Sujeto Activo con el Pasivo

1. Tipos Disyuntivos

“Para los tipos disyuntivos la voluntad del autor no coincide con la voluntad del sujeto pasivo”. La intención de ambos sujetos está en contraposición; la víctima no quería ser víctima. Por ejemplo, el homicidio simple (Art. 128 Pn.).

El enriquecimiento ilícito no es un tipo disyuntivo porque el sujeto pasivo es el Estado, una entidad carente de toda personificación como para expresar su disconformidad con la realización de un ilícito que le perjudica.

2. Tipos de Encuentro

“Se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo”. Presenta el siguiente tratamiento jurídico penal:

- a-) Si la intervención del sujeto pasivo no sobrepasa la participación que requiere el tipo, permanece impune.
- b-) Si el sujeto pasivo sobrepasa la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse.

IV-) POR LA MODALIDAD DEL OBJETO

1.- Tipos de Lesión

“Cuando el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido”. En otras palabras, resulta dañado el objeto de la acción, y por lo tanto, se menoscaba el bien jurídico protegido por la norma, tal es el caso del homicidio (Art. 128 Pn.).

El enriquecimiento ilícito es un delito de lesión porque con la obtención de incremento patrimonial injustificado se lesiona la Administración Pública como bien jurídico tutelado.

2.- Tipos de Peligro

“Requiere la puesta en peligro del bien jurídico protegido”. En ellos se describen comportamientos que a penas alcanzan a representar una lesión para el objeto de la acción y, por consiguiente, para el bien jurídico. Los delitos de peligro se dividen en:

2.1.- Tipos de Peligro Concreto o Efectivo

“Debe existir la creación de una situación de peligro para el bien jurídico protegido”. Un ejemplo de ello es el incendio, tipificado en el Art. 265 del Código Penal.

2.2.- Tipos de Peligro Abstracto o Presunto

“No es preciso que la acción cree un peligro efectivo”. Se adelantan las barreras de protección para el bien jurídico tutelado, por ejemplo la tenencia, portación o conducción ilegal o irresponsable de armas de fuego, tipificada en el Art. 346-B del Código Penal.

3.- Tipos Monoofensivos

*“Cuando el legislador por medio de ellos ampara un solo bien jurídico”*⁶⁷. Por ejemplo el homicidio que protege el bien jurídico “vida”; o la violación que resguarda el bien jurídico “libertad sexual”. El legislador señala a estos delitos con un solo bien jurídico por el interés preponderante que tiene de importancia en la sociedad.

El enriquecimiento ilícito también es un tipo monoofensivo porque el único bien jurídico que protege es la Administración Pública.

4.- Tipos Pluriofensivos

*“Amparan al mismo tiempo varios bienes jurídicos”*⁶⁸. Así sucede con la extorsión, regulada en el Art. 214 del Código Penal, que protege tanto la libertad de autodeterminación como el patrimonio.

⁶⁷ Ibid Velásquez Velásquez, pág. 348.

⁶⁸ Ibid Velásquez Velásquez, pág. 348.

2.2.5.- ESTRUCTURA DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

A efectos de estructurar el enriquecimiento ilícito se recurrirá al modelo ofrecido por la Teoría Finalista más los aportes del post finalismo. El tipo se estratifica en cuatro estadios a saber: Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad.

1.- ACCIÓN

*“Las normas del Derecho Penal tienen por objeto acciones humanas: se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto, como comportamiento activo, como a la omisión de un comportamiento determinado”.*⁶⁹ En consecuencia, al referirse a la categoría de acción, ha de tenerse por incluida la omisión.

De acuerdo a la concepción finalista es el ejercicio de la actividad final dirigida a la realización de un fin determinado, en la mente del autor hay un fin propuesto con anticipación. *“La finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse los objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos”.*⁷⁰

⁶⁹ Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del Delito. Pág. 57

⁷⁰ Hans Welzel. Teoría de la Acción Finalista. (1951). Pág. 20

Significa, entonces, que desde el momento en que una persona se plantea unos objetivos tiene plena conciencia de su conducta. Es a lo que se le ha llamado “finalidad vidente”.

La acción se divide en dos fases: una interna y otra externa

❖ **Fase Interna**

Se produce completamente en la psiquis del autor, se desarrolla en la esfera del pensamiento y comprende la proposición de un fin, la selección de los medios necesarios y la consideración de los efectos concomitantes o colaterales.

A.- Proposición de un Fin

Consiste en el objetivo perseguido por el autor. En el enriquecimiento ilícito el servidor público tiene un fin perfectamente definido desde el principio: acrecentar su patrimonio de forma ilícita.

B.- Selección de los Medios Necesarios

Es una operación mental a través de la que el autor se representa los diferentes métodos con que cuenta para realizar su objetivo. Es “*un proceso mental denominado de retroceso: hacia atrás, pues a partir del fin se seleccionan los medios*”.⁷¹

⁷¹ Fernando Velázquez Velázquez. Derecho Penal. Parte General. Pág. 293

Cuando un servidor público se ha trazado la finalidad de enriquecerse injustificadamente el principal medio a utilizar lo constituye su cargo, su investidura. También, puede utilizar la falsificación de documentos, ocultación de información, compra de voluntades de subalternos y utilización de información privilegiada, por ejemplo, cuando se apertura una licitación y el servidor se vale de los criterios técnicos pertenecientes para favorecer a empresas, las cuales a su vez, deben recompensarle.

Por ser un tipo de medios indeterminados o resultativos, la gama de posibilidades que tiene el servidor público es de una naturaleza variopinta.

C.- Valoración de los Efectos Concomitantes o Colaterales

Es una actividad psíquica que consiste en la apreciación de todas las posibles consecuencias resultantes de la acción; es una representación futura sobre los efectos que pueden producirse en la persona del autor y en sus bienes.

El servidor público sopesa todos los resultados y alcances de su conducta ilícita, por ejemplo, la posibilidad de ser descubierto, enjuiciado y sancionado con pena de prisión, el embargo de bienes y el desprestigio social tanto hacia él como a su familia.

❖ **Fase Externa**

Consiste en la puesta en marcha del curso causal, se ejecuta en el mundo exterior. Es un proceso causal sobredeterminado por la elección del fin y de los medios en el dominio del pensamiento. Es una manifestación de la conducta evidenciada a través de todos los actos necesarios para lograr el objetivo propuesto por el autor.

En el enriquecimiento ilícito, el servidor público ejecuta todos los actos necesarios que le permitan cumplir su finalidad de acrecentamiento patrimonial.

Luego que ha ideado su objetivo, seleccionado los medios y valorado los efectos de su actuar, realiza en el mundo exterior todo eso que había mantenido únicamente en su pensamiento.

Conducta Ilícita

El núcleo rector del comportamiento típico radica en el hecho de “obtener incremento patrimonial” que significa tanto como acrecer, aumentar, engrosar el patrimonio, entendido este concepto como la universalidad de derechos de contenido económico de que es titular una persona, que comprende tanto el activo como el pasivo.

Incrementa su patrimonio la persona que aumenta sus activos, sin que para el caso interese los bienes en los cuales se halla representado (dinero, muebles, inmuebles,

acciones, etc.); asimismo, lo incrementa quien reduce el pasivo, esto es, quien disminuye las deudas que lo afectan.

El incremento patrimonial es el aumento de los haberes de contenido económico de una persona o la disminución de su pasivo, pero en uno o en otros casos es indiferente la permanencia de dicha situación porque el aumento del activo puede esfumarse con gastos desproporcionados o la disminución del pasivo ser igualmente pasajera cuando se contraen nuevas obligaciones que afectan el patrimonio.

En la legislación argentina, la conducta típica consiste en obtener incremento patrimonial no justificado y no en omitir la justificación del enriquecimiento demostrado, una vez haya precedido el correspondiente requerimiento.

Para las legislaciones salvadoreña y colombiana carece de importancia la cuantía del enriquecimiento, a diferencia del ordenamiento argentino que exige que el incremento patrimonial sea apreciable. Esto puede generar diferentes problemas, de tal manera que la interpretación del calificativo apreciable, necesariamente será frente a divergentes opiniones, con mayor razón cuando el inestable poder adquisitivo de la moneda puede relativizar el concepto con el solo transcurso del tiempo.

En el ejercicio de una función oficial o al término de ella puede aparecer demostrado el hecho indudable del enriquecimiento, la ausencia de justificación y prueba indiciaria de que la única razón explicativa del aumento fue la desviada gestión pública. Es posible, en consecuencia, que el enriquecimiento sea el resultado de la

comisión de muchos delitos no demostrados en forma particular, pues si lo están deberá darse aplicación preferente a la norma especial, y que ante el enriquecimiento y la falta de justificación sea imperioso dar a esta disposición carácter subsidiario.

Además, es perfectamente posible que el enriquecimiento del funcionario provenga de la comisión de hechos punibles que no menoscaban la Administración Pública (secuestro, hurto, contrabando, etc.), caso en el cual lo procedente es dar aplicación a las disposiciones que en fueron violadas. O puede acontecer que el aumento del patrimonio obedezca a la demostrada comisión de otro u otros atentados contra la Administración Pública (peculado, cohecho, concusión, etc.), evento que también debe conducir a la aplicación de la disposición específicamente violada.

1.1.- Supuestos de Ausencia de Acción

La doctrina señala situaciones en las cuales no es posible imputar una acción al sujeto activo, hay una exclusión; se conocen como supuestos de ausencia de acción.

A.- Fuerza Física Irresistible

En el Derecho Romano era conocida con el nombre de vis phisica absoluta o ablativa.

Se define como aquella fuerza que imposibilita desde todo punto de vista al sujeto para moverse o dejar de moverse; lo mantiene en el mismo estado en que la persona se encontraba en el instante que es sorprendido por esa fuerza externa.

La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que produce que una persona actúe sin capacidad de control. Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, el individuo no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma. Por ejemplo: se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una mujer resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso quien resbaló actuó con fuerza física irresistible (a causa del temblor), por lo que no hay acción.

El efecto es que quita toda voluntariedad de la actuación personal.

No puede considerarse como una acción porque el violentado carece de toda voluntad, es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de su actividad, la acción no le pertenece.

En el enriquecimiento ilícito no puede presentarse esta causal de ausencia de acción porque el servidor público en ningún caso podría ser un mero instrumento de una voluntad ajena para enriquecerse a sí mismo.

B.- Movimientos Reflejos

No constituyen acción, y el fundamento de ello es que tales movimientos no son controlados, o producidos, por la voluntad de la persona. Como indica Muñoz Conde: *"El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores"*. Un ejemplo de movimiento reflejo es cuando un hombre efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona

Este supuesto de ausencia no puede concurrir en el enriquecimiento ilícito porque el servidor público no puede recibir un influjo proveniente del exterior, que le anule la voluntad y que le conduzca a un provecho personal.

C.- Estados de Inconciencia

Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos. Se da una ausencia de las actividades mentales normales de una persona. No media la voluntad en los estados de Inconciencia.

Embriaguez Letárgica. Es la pérdida de la conciencia originada en el consumo del alcohol. Por ejemplo A quien ha ingerido muchas bebidas alcohólicas, mata a B como producto de una acalorada discusión en un bar.

El Sueño Profundo. Por ejemplo, una madre que llega a su casa luego de una agotadora jornada de trabajo y dormida ahoga a su hijo de tres meses de edad. Para algunos doctrinarios este caso también podría resolverse como culpa inconciente.

Sonambulismo. Es un trastorno fisiológico que hace que una persona ejecute actos de forma personal pero encontrándose aún dormida. Por ejemplo, un sonámbulo que dormido destruye un jarrón muy valioso.

Hipnotismo. Es una actividad psíquica realizada por un hipnotizador mediante la que domina la voluntad de una tercera persona obligándola a realizar acciones de las cuales no tiene ningún control. Tal es el caso de María, quien estando bajo el trance de hipnosis, mata a Juana.

En doctrina es muy cuestionada la veracidad de este estado de inconciencia por la imposibilidad de comprobación científica.

Epilepsia. Es una infección cerebral crónica de causas diversas caracterizada por crisis recurrentes que provoca convulsiones. Por ejemplo, Carlos convulsiona durante una reunión y Alex se acerca a auxiliarlo, y para evitar que se ahogue con su lengua, introduce su dedo en la boca de Carlos, quien como resultado de las convulsiones le cercena el dedo índice.

En el enriquecimiento ilícito no encajan estas circunstancias bajo ningún supuesto, razón por la que se ha de concluir que en este delito siempre hay una acción conciente y dirigida.

2.- TIPICIDAD

Consiste en la adecuación de la norma al hecho concreto. En otras palabras, es la cualidad que una conducta tiene de ser subsumible en un tipo penal.

El tipo penal comprende una parte objetiva y una subjetiva.

2.1.- PARTE OBJETIVA

El enriquecimiento ilícito, al igual que todos los tipos, cuenta con una parte objetiva dividida en elementos descriptivos y en normativos. Los primeros son aquellos que el autor conoce a través de los sentidos y se subdividen en esenciales y no esenciales.

Los elementos descriptivos esenciales son aquellos comunes a todos los tipos penales y sin los cuales es imposible configurarlos; estos son: acción, sujetos (activo y pasivo), nexo de causalidad, bien jurídico y resultado.

Los elementos descriptivos no esenciales, llamados también accidentales, son aquellos que únicamente concurren en ciertos tipos penales; se refieren al tiempo, lugar, medio y objeto.

Por su parte, los elementos normativos son aquellos que requieren un juicio de valor para ser comprendidos; forman parte de la norma.

2.1.1 Elementos Descriptivos Esenciales

A) Acción

Es la conducta realizada por el sujeto activo.

En el enriquecimiento ilícito es la manifestación de voluntad de querer enriquecerse por parte del servidor público en perjuicio de la Administración del Estado.

B) Sujeto Activo

Es la persona que realiza la acción.

El enriquecimiento ilícito es comportamiento delictivo que sólo puede ser cometido por quienes desempeñan una función pública, por los servidores públicos.

Con el propósito de que las cambiantes nociones del Derecho Público en relación con los servidores de la Administración no trajera como consecuencia inestabilidad de las normas penales, el legislador precisó que para todos los efectos de la ley penal son funcionarios públicos *“todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos”*; se trata de personas con un alto grado de dirección e independencia en la conducción del alguna institución del Estado.

Se entiende por autoridad pública a “*los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia*”. Estos funcionarios son los dispensadores de justicia, tanto los de la jurisdicción penal, civil como los de la militar.

Los empleados públicos o municipales son “*todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico*”. Estas personas carecen de la toma de decisiones por sí mismas y deben acatar en todo tiempo, las órdenes y providencias dictadas por sus superiores.

Estas definiciones de cada uno de los servidores públicos que pueden cometer el delito de enriquecimiento ilícito se hallan en el Art. 39 del Código Penal. Sin embargo, esta previsión legislativa es discutible, porque al Derecho Penal no corresponde tratar temas que están resueltos en otras áreas del ordenamiento jurídico; cumple una finalidad práctica, con ella se evita que las modificaciones en las disposiciones pertinentes del Derecho Administrativo puedan determinar alguna forma de inestabilidad en el ordenamiento penal, y facilita el análisis sobre la tipicidad de la conducta del sujeto activo.

La persona que interinamente cumpla funciones en la Administración Pública debe ser considerada como sujeto activo del enriquecimiento ilícito si realiza la conducta

típica. A ésta se refiere el Art. 39 Pn. cuando manifiesta que los servicios pueden ser transitorios.

También es sujeto activo la persona que ocupó un cargo público y que haya realizado la conducta típica, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal no esté prescrito aún.

Por otra parte, el inciso segundo del Art. 333 Pn. impone la misma pena privativa de libertad a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial injustificado, y quien en realidad cumple actividades de participación en el comportamiento típico. No obstante, este particular no puede ser considerado en modo alguno como un sujeto activo del delito porque no mantiene ninguna relación funcional o de servicio hacia la Administración Pública. *“El autor es siempre un servidor público, a quien por razón de su investidura y de los deberes, se le debe sancionar con más drasticidad con apoyo en la mayor reprochabilidad de su conducta”*.⁷²

Esa equiparación de la pena del autor con la del particular, conocido también como testafarro, *“se aparta de la sistemática que sobre intervención en el hecho punible adopta este estatuto (el Código Penal) en su parte general, que reserva una sanción menos severa para este concurrente en el delito que la imponible al autor”*.⁷³

⁷² de Jesús Peña Ossa. Delitos contra la Administración Pública. (1995). Pág. 204

⁷³ Ibid. Pág. 203

C) Sujeto Pasivo

Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por parte del autor.

El Estado es el titular del bien jurídicamente tutelado y, en consecuencia, es sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito.

D) Bien Jurídico

Es un presupuesto fundamental de la convivencia en sociedad y que permite la autorrealización personal; es un interés jurídicamente protegido.

El bien jurídicamente tutelado es la Administración Pública, y específicamente con respecto al enriquecimiento ilícito es el decoro y honradez de la función pública.

Es imperativo explicar qué debe entenderse por Administración Pública como bien jurídico protegido. El alcance que la doctrina argentina ofrece sobre este concepto es muy adecuado para entender el interés por parte del Estado para proteger a la Administración. *“Se trata del poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica...que es de la esencia del Derecho Administrativo, sino que adquiere una amplitud ciertamente mayor. El término engloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con*

*ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva, la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas”.*⁷⁴ En el ámbito del Derecho Administrativo, la Administración Pública está circunscrita al Órgano Ejecutivo, sin embargo, desde la óptica del Derecho Penal, se vuelve extensiva a otras funciones de los Órganos del Estado con lo cual se pretende proteger al Estado considerado como unidad orientada al bienestar común.

Con el tipo de enriquecimiento ilícito se busca proteger la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido lato. Se pretende asegurar la conducta de los servidores públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino a los particulares. Se preserva la función pública frente a ataques que provienen de la propia organización burocrática del Estado y de sus miembros, como de los particulares.

E) Nexos de Causalidad

Doctrinariamente es definido como el vínculo necesario que debe existir entre la acción y el resultado.

⁷⁴ Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la Administración Pública. (2000). Pág. 11

El incremento patrimonial ha debido ocurrir por razón del cargo o del ejercicio de las funciones. En atención a que este hecho punible constituye un atentado contra la Administración Pública, es evidente que se requiera la relación entre el aumento del patrimonio y la actividad funcional que compete al empleado oficial, bien por razón de la investidura que se ostenta o por obra del desviado ejercicio de la función que se cumple.

La conducta exige que el incremento patrimonial no justificado obtenido por el servidor público, lo sea “por razón del cargo o de las funciones”. Dicho de otra manera, los bienes que intensifican su patrimonio deben provenir de un abuso de poder materializado en actos desempeñados como servidor de la Administración Pública.

De lo anterior se colige que si en virtud de las actividades privadas ilegales el servidor incrementa su patrimonio, no debe imputársele el delito de enriquecimiento ilícito porque es un acrecentamiento que no tiene su origen en el ejercicio de la función pública. Por ejemplo, un empleado oficial quien fuera de su horario de trabajo, se dedica al sicariato, recibiendo dinero por cada persona que mata por encargo.

F) Resultado

Es la consecuencia externa y observable derivada de la manifestación de voluntad, de la acción.

En el enriquecimiento ilícito el resultado se aprecia cuando se produce el incremento patrimonial injustificado del servidor público y el consecuente perjuicio a la Administración, situación que deviene en la afectación de la normal prestación de los servicios públicos.

2.1.2.- Elementos Descriptivos no Esenciales

El enriquecimiento ilícito es un tipo penal configurado únicamente con los elementos descriptivos esenciales, por lo tanto, los no esenciales no concurren. Sin embargo, se hará una breve referencia a cada uno de ellos.

A) Medio

Son los instrumentos necesarios para la realización del hecho delictivo. Por ejemplo, la circunstancia de hurto agravado regulada en el numeral 7 del Art. 208 del Código Penal, que se refiere al uso de un disfraz o de cualquier otro medio para engañar.

El enriquecimiento ilícito por ser un tipo penal resultativo no exige un medio determinado para cometerse.

B) Tiempo

Se refiere a circunstancias temporales “*consistente en momentos o límites pasajeros durante los cuales debe realizarse la acción prohibida*”,⁷⁵ tal como ocurre con el acaparamiento, tipificado en el Art. 243 del Código Penal que requiere que la conducta sea realizada durante estado de emergencia nacional o calamidad pública.

Como ya se dijo, el enriquecimiento ilícito es un tipo penal configurado a partir sólo de los elementos descriptivos esenciales. No obstante, el tiempo para cometer este delito es el ejercicio de las funciones o del cargo. Aunque no se encuentra expresamente estipulado en la redacción del Art. 333 del Código Penal, ha de inferirse que no cabe la realización de la conducta dolosa fuera de ese período.

C) Lugar

Es el espacio geográfico en el que debe realizarse la conducta para la conformación del delito. Así, en las construcciones no autorizadas (Art. 253 Pn.) el lugar es el suelo no urbanizado o lugares de reconocido valor artístico, histórico o cultural.

Para la configuración del enriquecimiento ilícito es indiferente el lugar en el que se comete, lo fundamental es la relación de servicio hacia la Administración.

⁷⁵ Fernando Velázquez Velázquez. Derecho Penal. Parte General. Pág. 340

D) Objeto

En palabras de Fernando Velázquez Velázquez, es definido como *“todo aquello sobre lo cual se concreta la agresión al bien jurídico tutelado y hacia el cual se dirige el comportamiento del agente”*.⁷⁶

El objeto puede ser personal (tal es el caso del homicidio, Art. 128 Pn.); real, cuando recae sobre una cosa (por ejemplo el robo, Art. 212 Pn.) o inmaterial, cuando la acción pesa sobre el Estado.

Tampoco existe un objeto expresamente instituido en el tipo de enriquecimiento ilícito, pero se ha de manifestar que la Administración Pública es sobre quien recae la conducta del delito, coincidiendo como sujeto pasivo y como objeto de la acción.

2.1.2.- Elementos Normativos

En palabras de Bacigalupo *“Son aquellos contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto de valoración. Esta valoración puede referirse a la significación cultural de un hecho...también puede tratarse de una valoración consistente en la significación jurídica de alguna circunstancia del hecho”*,⁷⁷ de ahí que se clasifiquen en socioculturales y jurídicos.

⁷⁶ Ibid. Pág. 341

⁷⁷ Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del Delito. (1994). Pág. 65

Los elementos normativos que existen en el enriquecimiento ilícito son:

La calidad de funcionario o empleado público o autoridad pública. Con ello se requiere que el autor conozca la significación que estos conceptos tienen en el tipo objetivo. Es necesario que conozca que actúa como persona dependiente del Estado y que presta un servicio.

El enriquecimiento debe producirse en razón del cargo. Esta exigencia típica se traduce en la necesidad que el servidor acreciente su patrimonio en virtud del vínculo que lo une a la Administración; debe ser producto de la competencia funcional del agente.

El enriquecimiento debe ser injustificado. Cuando la norma señala que el incremento en el patrimonio debe carecer de justificación, "...esa justificación es un elemento del tipo y no de la antijuridicidad, naturalmente que cuando aquí se habla de justificación no se está en presencia de las llamadas causas que excluyen la antijuridicidad. La injustificación del enriquecimiento ilícito es un elemento normativo.

El enriquecimiento debe ser ilícito. Es un elemento normativo del tipo que exige verificar que el sujeto activo no tiene justificación para el incremento patrimonial detectado.⁷⁸

En este delito no se da la concurrencia de elementos normativos socioculturales.

⁷⁸ La legislación argentina reconoce el incremento patrimonial *significativo* como elemento normativo del tipo. No obstante, en el ordenamiento penal salvadoreño no se adopta.

2.2.- PARTE SUBJETIVA

A) Dolo

Consiste en el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo y querer realizarlos a través de la acción.

El dolo se clasifica de manera tripartita en: Dolo Directo o de Primer Grado, Dolo Indirecto o de Segundo Grado y en Dolo Eventual.

El dolo tiene dos elementos: uno cognitivo y otro volitivo. El primero consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y en esta faz intelectual se requiere que el agente conozca su cualidad de funcionario o empleado público o de autoridad pública; mientras que el aspecto volitivo es la voluntad del autor de querer realizarlos, y debe estar dirigido al incremento del patrimonio.

Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, el dolo que se manifiesta es el directo porque en éste existe una necesaria relación entre lo que pretende el sujeto activo y el resultado obtenido. Si el servidor público, con su acción busca aumentar su patrimonio ilícitamente realizará todas las acciones tendientes para cumplir con su cometido.

El dolo indirecto y el eventual no pueden darse; la intención del autor está perfectamente clarificada.

El aspecto subjetivo del tipo indica que siempre se trata de un delito doloso, habida cuenta el agente debe conocer y querer realizar el tipo objetivo.

B) Imprudencia

Consiste en la inobservancia a un deber objetivo de cuidado. Doctrinariamente se divide en culpa conciente e inconciente.

El delito de enriquecimiento ilícito no admite la modalidad culposa; es siempre doloso.

2.2.1.- Elementos Subjetivos Distintos del Dolo

A) Ánimo

*“Se trata de la actitud que pone de manifiesto el autor en la realización del acto típico y que determina un especial disvalor ético-social de la acción”.*⁷⁹

Consiste en la aspiración del sujeto de ver incrementado su patrimonio, sea mediante aumento del activo o disminución del pasivo. El ánimo de lucro representa el elemento subjetivo del injusto que exige la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio económico.

⁷⁹ Ibid. Pág. 88

En el delito de enriquecimiento ilícito, es evidente que existe esta actitud en el servidor público porque el beneficio patrimonial que está obteniendo en perjuicio de la Administración es con el objetivo de lucrarse. A pesar de ello, el ánimo no forma parte de la redacción de la conducta típica, no es un tipo penal configurado con esta especial tendencia subjetiva, sino que se infiere de la finalidad ilegal del servidor público.

Error de Tipo

En términos generales, el error es una ignorancia o falsa apreciación de la realidad. Jurídicamente, es el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo objetivo; el autor carece de la correcta apreciación ignorando que con su acción está realizando el tipo de un delito. Por lo tanto, el error puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos o normativos.

El error de tipo afecta directamente al dolo, (recordando que éste consiste en conocer y querer realizar los elementos objetivos del tipo) y como consecuencia, el desconocimiento o error sobre el aspecto objetivo excluye el dolo.

Si se produce una total exclusión del dolo, se está en presencia del llamado error de tipo invencible; mientras que si sólo se hace una exclusión parcial, se configura el denominado error de tipo vencible, el cual deja subsistente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente, permitiendo su aplicación en los casos en que sea posible. Vale recordar, que el ordenamiento penal salvadoreño adopta el sistema de números cerrados

para los tipos imprudentes, por lo que de no encontrarse expresamente tipificada esta modalidad la conducta deviene en atípica.

En el delito de enriquecimiento ilícito, se requiere por parte del servidor público, la referencia a todos los elementos del tipo objetivo, que su conducta abarque los aspectos descriptivos y normativos.

En esta conducta criminal es muy difícil que se produzca un error de tipo. No obstante, según algún sector de la doctrina, podría configurarse en cuanto a la calidad de servidor público porque el autor debe estar plenamente conciente acerca de las especiales características de la autoría; se requiere que en su coconciencia estén alojadas las implicancias que se derivan de su condición o estatus jurídico.

3.- ANTIJURIDICIDAD

La doctrina clasifica la antijuridicidad en formal y material. Por la primera se entiende que es la mera contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico. Francisco Muñoz Conde afirma que *“La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esa relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa que el bien jurídico quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material”*.⁸⁰

⁸⁰ Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte General. (2002). Pág. 304

En el caso concreto siempre deben valorarse ambas especies de antijuridicidad. Una acción puede ser típica por verificarse su tipicidad y su contradicción con el ordenamiento jurídico; no así antijurídica si le asiste alguna causa de justificación porque en este caso no se produce ninguna ofensa al bien jurídico tutelado por la norma.

En el delito de enriquecimiento ilícito lo antijurídico del hecho es el enfrentamiento con el derecho tutelado, cual es la moral en la Administración Pública.

No habrá tipicidad del enriquecimiento ilícito en cuanto acción típica si se logra demostrar la causa lícita del mismo. Si se puede justificar el incremento patrimonial, éste ya no será indebido.

Causas de Justificación

En la ley penal no sólo existen mandatos y prohibiciones, junto a ello hay otras proposiciones que se caracterizan por conceder una autorización o un permiso para realizar la acción prohibida por la norma o para omitir el comportamiento que ésta impone.

El Art. 27 en sus numerales 1, 2 y 3 regula las causas de justificación y son las siguientes:

1.- Cumplimiento de un Deber Legal, Ejercicio Legítimo de un Derecho o de una Actividad Lícita

El hecho se justifica cuando se comete en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. Hay que dejar claro que dicho concepto sólo hable de una orden legítima “no obligatoria” y hace hincapié que debe ser emitida *con las formalidades legales*.

El cumplimiento de un deber entrará en consideración como causa de justificación sólo cuando colisione con otro deber. Se basa en el Principio del Interés Preponderante.

Un ejemplo de esta causal es cuando se comisiona a un policía para que efectúe un allanamiento de morada y presenta la orden judicial que le autoriza a proceder.

Con respecto al ejercicio legítimo de un derecho, la acción se justifica cuando el agente obra en una facultad otorgada por la Constitución o por las leyes secundarias. No ampara el ejercicio del cualquier derecho, sino de aquellos de *carácter subjetivo* respaldados por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el padre que basándose en el derecho de corrección castiga a su hijo produciéndoles pequeñas marcas en su cuerpo.

El ordenamiento penal salvadoreño no es posible la concurrencia de esta causal para justificar el enriquecimiento ilícito de un servidor público.⁸¹

⁸¹ En la doctrina argentina sí se admite esta causa de justificación. Esto porque en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de ese país, expresamente preceptúa “...*el que al ser debidamente requerido, no justifiare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable...*”. Los autores manifiestan que esa situación puede perturbar el tratamiento de este delito en lo relativo al ejercicio de un derecho que se consustancia con la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, según lo estipula la Constitución de la Nación en el Art. 18. Frente al requerimiento de justificar el

2.- La Legítima Defensa

También llamada defensa necesaria, es una respuesta proporcionada ante una agresión injusta.

Los presupuestos de la legítima defensa son la agresión ilegítima, la necesidad del medio empleado para impedir o repeler la acción y la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Por ejemplo cuando X, portando un arma de fuego, sale en busca de Z para matarlo, encontrándolo en una calle sola y oscura. Z al darse cuenta del peligro que corre su vida desenfunda también su arma de fuego y le dispara en la pierna a su agresor, neutralizando con ello la amenaza.

En el delito de enriquecimiento ilícito no cabría bajo ningún supuesto la legítima defensa para justificarlo. Además, esta causa permisiva se aplica sobre todo al homicidio y a las lesiones.

3.- Estado de Necesidad Justificante

Es una eximente que surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor. En el estado de necesidad la justificación depende de que entre los intereses en conflicto

enriquecimiento, quien lo haya obtenido por medio de un delito se encontrará ante la disyuntiva de confesarse autor o no justificar y quedar como autor del delito previsto en el Art. 268 (2).

haya una diferencia valorativa esencial a favor del bien jurídico que se salva. Precisamente, su fundamento es el Principio de Ponderación de Intereses.

Los presupuesto son la situación de necesidad (que hace referencia al conflicto que ya se trató antes); que el mal causado no sea mayor del que se pretende evitar; y que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Un ejemplo de esta causal es cuando un hombre rompe los lujosos cristales de las ventanas de un prestigioso restaurante para ayudar a socorrer víctimas del incendio que se suscita al interior del establecimiento. En este caso, los bienes jurídicos en conflicto son la vida y el patrimonio, por lo que al sopesarlos se le da primacía al primero de ellos.

Algunos sectores de la doctrina argentina sostienen que el enriquecimiento ilícito sí podría estar justificado por un estado de necesidad. Lesionado por el servidor público el interés jurídicamente protegido, como delito económico o lucrativo que es, resulta factible la presencia de un estado de necesidad que como causal de justificación convierte en jurídico ese vulnerante comportamiento, más aún cuando en El Salvador no se exige en modo alguno que el incremento patrimonial sea apreciable, como sí ocurre en Argentina.

Carlos Creus, expresa que *“En el ámbito de la antijuridicidad-justificación es concebible la operatividad del estado de necesidad cuando el enriquecimiento se determina en una disminución del pasivo, pero ello difícilmente ocurrirá cuando*

constituya un aumento del activo”⁸², sólo así se entiende que el servidor público dispone del aumento patrimonial, llevado por apremiante necesidad (necesidad actual o inminente, lo cual es un elemento de la causa de justificación).

Error de Prohibición Indirecto

El error de prohibición afecta a la *significación antijurídica del hecho*, ya por creer que éste no está prohibido, ya por creerse el autor legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta). Esto significa que dentro del error de prohibición se encuentra, tanto el error sobre la licitud de la conducta, como el error sobre la concurrencia de alguna causa de justificación o exclusión de lo injusto. Precisamente, cuando recae sobre la existencia de una causa de justificación o alguno de sus presupuestos es que se produce el error de prohibición indirecto, que puede ser vencible o invencible.

Vale mencionar que para que se configure a cabalidad una causa de justificación, es requisito indispensable la concurrencia de sus elementos objetivo (los presupuestos fácticos de la causal) como del subjetivo (conocer que se está amparado por una causa de justificación y querer ejercerla). La falta de cualquiera de estos mantiene la acción antijurídica.

⁸² Carlos Creus. Delitos contra la Administración Pública. (1981). Pág. 426

Como se dijo anteriormente, la única causa de justificación que podría admitirse en el ordenamiento penal salvadoreño es el estado de necesidad. Se produciría el error de prohibición indirecto cuando el servidor público, apremiado por una fuerte necesidad, disminuya su pasivo y no sepa que una cláusula permisiva le podría asistir.

Por otro lado, existen dos clases de excesos: uno intensivo (se abusa en el uso de los medios) y otro extensivo (la acción se sobrepasa en el tiempo). En el enriquecimiento ilícito no pueden darse estos excesos porque se aplican únicamente a la legítima defensa.

Las repercusiones del error de prohibición indirecto se resuelven en la categoría de la Culpabilidad.

4.- CULPABILIDAD

Es la última fase de la Teoría del Delito y se llega a ella cuando se ha comprobado que existe una acción típica y antijurídica.

Es un juicio de reproche que recae sobre la persona del autor. De tal manera, culpable es *“aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción a ella”*.⁸³

⁸³ Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del Delito. (1994). Pág. 133

A) Imputabilidad

El esquema de la culpabilidad está fragmentado en tres estadios. El primero de ellos es la imputabilidad que consiste en la capacidad de culpabilidad del servidor público; su contraparte es la inimputabilidad que está integrada por la enajenación mental, grave perturbación de la conciencia y el desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En este sentido, la imputabilidad se utiliza como un filtro para identificar los hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos al autor. La inimputabilidad es su aspecto negativo, y la concurrencia de alguna de sus causales elimina la posibilidad de imputación de una conducta ilícita.

1.- Inimputabilidad

a) Enajenación Mental

*“No obra culpablemente quien no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su hacer, esto es, quien actúa sin la posibilidad de conocer su ilicitud”.*⁸⁴

Obviamente, un servidor público cuenta con el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerarlo culpable por haber aumentado injustificadamente su patrimonio. Bajo ningún supuesto se concibe la idea que un servidor del Estado esté

⁸⁴ Fernando Velázquez Velázquez. Derecho Penal. Parte General. Pág. 482

enajenado mentalmente porque de hallarse así tiene que ser inmediatamente suspendido del ejercicio del cargo por encontrarse imposibilitado de continuar ejerciendo la función pública.

b) Grave Perturbación de la Conciencia

Puede ser de carácter psicológico o patológico.

Tampoco es posible que esté perturbado gravemente de la conciencia porque esta causal requiere la confluencia de aspectos biológicos y psicológicos, los cuales por la misma naturaleza del delito y del sujeto activo cualificado no podrían converger ni antes de la elección del servidor público ni sobrevenirle.

c) Desarrollo Psíquico Retardado o Incompleto

Es una causal dirigida a los menores de edad. De los cero a los doce años hay una presunción irrefutable de inimputabilidad; mientras que para las personas cuyas edades oscilan de los doce a los diecisiete años, existe un régimen penal especial.

La causal de la minoría de edad se explica en sí misma de porqué no puede presentarse en el servidor público.

2.- Conciencia de la Antijuridicidad

Implica el conocimiento de la ilicitud de la acción realizada. Por lo general quien realiza dolosamente un tipo penal actúa con conocimiento de la prohibición de su hacer.

Este aspecto de la culpabilidad puede ser desvirtuado por la presencia de un error de prohibición directo (vencible o invencible) que recaea sobre la existencia, validez o interpretación de la norma.

Error de Prohibición Directo

*“Existe error de prohibición no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente sino también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho”.*⁸⁵

Es el que recaea sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta; puede ser vencible o evitable según que se le pueda exigir al sujeto activo que lo supere, de acuerdo a las circunstancias concretas en las cuales actúa. También puede ser invencible o inevitable cuando el agente, obrando con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto.

a) Error sobre la Existencia de la Norma

El autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer. Por ejemplo, un ciudadano del medio oriente, zona donde es perfectamente posible la bigamia, llega a El Salvador y decide contraer nuevas nupcias con una salvadoreña. Este ciudadano no

⁸⁵ Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte General. Pág. 397

manifiesta que ya tiene un vínculo matrimonial con otra persona porque está en la errónea creencia que aquí también es lícita la vigencia de varios matrimonios.

En el delito de enriquecimiento ilícito es muy difícil negar el conocimiento de la antijuridicidad porque se trata de un injusto especial, realizado por un sujeto cualificado y conocedor de las normas que rigen su función dentro de la Administración Pública, sean penales o administrativas. Esta aseveración se fundamenta en la protesta de ley que hacen los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución al momento de tomar posesión de un cargo público, según se estipula en el Art. 235 de la carta magna.

b) Error sobre la Validez de la Norma

En este caso, el autor conoce la norma prohibitiva pero la considera no vigente. Así ocurre, por ejemplo, con el pescador que creyendo que ya se levantó la veda de pesca del camarón de mar, zarpa en busca del producto marino, ignorando que la norma prohibitiva sigue vigente; mientras que él consideraba que ya habían cesado sus efectos restrictivos.

En el delito de enriquecimiento ilícito tampoco podría presentarse este tipo de error porque el servidor público está obligado a conocer qué normas continúan vigentes, tomando como referencia que la fidelidad que debe guardar hacia el ordenamiento jurídico tiene mucha relación con esa vigencia; obviamente a nadie se le exhortará a respetar una ley que ya no surte sus efectos en el tiempo.

c) Error sobre la Interpretación de la Norma

Puede acontecer que el sujeto activo interprete equivocadamente una norma y la considere como no aplicable a su persona. Tal es el caso de quien cree lícito el acceso carnal en una menor de catorce años que le ha manifestado su consentimiento.

Es probable la concurrencia de este tipo de error en el enriquecimiento ilícito cuando el servidor público, tras comprender el sentido social de su conducta, efectúe una errónea valoración jurídica sobre alguno de sus aspectos. Sin embargo, no deja de ser una posibilidad de difícil manifestación en la realidad.

Tratamiento Jurídico del Error de Prohibición Vencible e Invencible

El Código Penal, en el Art. 28 inciso 2º literalmente expresa: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el Art. 69 de este Código”*. Esta disposición se refiere tanto al error de prohibición indirecto como al directo. Es importante mencionar que aunque el primero de ellos se estudia en antijuridicidad, se resuelve hasta que se llega a la culpabilidad.

Las consecuencias del error están claramente determinadas: si es invencible excluye de toda responsabilidad, tanto la penal como la civil; si es vencible, existe una

atenuación de la sanción que oscila entre la tercera parte del mínimo y la tercera parte del máximo de la pena señalada para el delito, a ello se refiere el Art. 69 Pn.

3.- Exigibilidad de un Comportamiento Conforme a Derecho

La ley penal establece mandatos normativos que por lo general son de imperativo cumplimiento para todos los ciudadanos. Es igualmente cierto que el Derecho no exige comportamientos heroicos porque en algunas situaciones el agente está imposibilitado para actuar de una manera diferente.

Las causales de no exigibilidad son el estado de necesidad exculpante, vis compulsiva, llamada también coacción psicológica, y el miedo insuperable.

a) Estado de Necesidad Exculpante

El estado de necesidad implica una valoración de bienes jurídicos de igual valía y que el autor debe sacrificar uno de ellos para salvar el otro; se basa en el Principio de Ponderación de Intereses.

Tal situación que no podría darse en este injusto porque es prácticamente imposible que se presente una circunstancia en la que el servidor público deba sacrificar a la misma Administración.

b) Miedo Insuperable

Con respecto al miedo insuperable, al autor se le conmina de tal manera que no puede actuar de forma diferente. Sobre ello, es muy importante tomar en cuenta lo dicho por Francisco Muñoz Conde quien manifiesta que *“el miedo al que aquí se alude es aquel que, aun afectando psicológicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.); insuperable quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros”*.⁸⁶

Sin embargo, para que opere a favor del sujeto activo, éste no debe ser un timorato o de gran cobardía porque la insuperabilidad del miedo es un requisito objetivo. También es importante que el mal que produce ese miedo sea real e inminente.

En el enriquecimiento ilícito tampoco es apreciable esta eximente de responsabilidad penal porque es inadmisibles un caso en el que el servidor público se enriquezca ilícitamente dado que este injusto está latente el ánimo de lucro (según los términos explicados en el tipo subjetivo), y éste no podría presentarse en el caso en que aquél actúe compelido por el miedo.

⁸⁶ Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte General. (2002). Pág. 406

c) Vis Compulsiva o Coacción Psicológica

Los romanos le llamaban vis moralis, en contraposición a la vis physica. Es una fuerza de tipo moral que conmina a la persona a actuar de una forma diferente, aunque siempre le deja una posibilidad de elección entre decidir actuar ilícitamente o serle fiel al Derecho.

La vis compulsiva igualmente no puede ocurrir en el delito de enriquecimiento ilícito por la misma razón dicha para el miedo insuperable: el ánimo de lucro es fundamental en la finalidad del autor y el servidor público no podría actuar bajo coacción psicológica y simultáneamente pretender acrecentar su patrimonio.

2.2.6.- TEMAS ESPECIALES RELACIONADOS CON EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

❖ PUNIBILIDAD

Condiciones Objetivas de Procesabilidad o de Perseguibilidad

Condicionan no la existencia del delito, sino la persecución penal por que tiene que agotarse para promover la acción en contra del imputado, se entienden que son los requisitos previos a la apertura de un procedimiento penal, que tienen como condición la existencia de un delito.

Se pretenden ciertas condiciones de procesabilidad sin las cuales no se podría poner en ejercicio el sistema judicial, así para los delitos de instancia particular como en el caso de los delitos relativos al Honor y de acción pública previa instancia particular, es el caso de las Lesiones Art. 142 Pn. Es necesaria una anterior denuncia de las personas legitimadas para ello, de tal manera que sin ello no se podría perseguir mediante acción penal los delitos específicamente determinados, y la querrela del ofendido en los casos que lo requiera. Y también es importante muchas veces agotar antes otras vías alternas al derecho penal, por que derecho penal comparte el mismo fundamento de las penas que es el de ser una *amarga necesidad y ultima ratio*.

En el delito de Enriquecimiento es valido hablar de condición objetiva de perseguibilidad, cuando un funcionario público ostente, la calidad de ser un diputado, es necesario agotar el antejuicio, figura donde se determina si concurren suficientes elementos que lo imputan como autor de un delito, si la Asamblea resuelve que hay lugar a formación de causa, las diligencias se remitirán a la Cámara Primera de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 385 del Código Procesal Penal; si se resuelve que no hay lugar a formación de causa, el expediente se archivara y el antejuicio no podrá reabrirse por los mismos hechos en virtud del principio *nebis in idem*.

El Antejuicio

Es un mecanismo en el que se concreta la presunción de fidelidad a la Constitución, por parte del funcionario Publico, a su vez es un instrumento de carácter procesal y habilitante de un proceso penal.

El Art. 236 de la Cn. reconoce el privilegio de Antejuicio a determinados funcionarios "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, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, Procurador de Derechos Humanos, Presidente y

Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los Representantes Diplomáticos, responden ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan.

Trámite del Antejuicio

Según el Art. 236 inc. 4 Cn. se refiere al derecho que tiene toda persona de denunciar los delitos cometidos por Funcionarios y de mostrarse parte el Art. 120 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa faculta a cualquier persona de interponer la denuncia, ya sea ante el Fiscal General de la República, el juez competente o la Asamblea Legislativa. Pero en caso de hacerse ante esta última las diligencias se deben de remitir a la Fiscalía General de la República para el ejercicio de la acción penal. Lo mismo debe hacer el Juez, de conformidad al Art. 193 N° 4 Cn. por que el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente a la Fiscalía, recibida la denuncia conoce la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales que se encarga de revisar si cumple con todos los requisitos legales, una vez observado emite un dictamen que da lugar al Antejuicio en el cual la Asamblea debe de escuchar al fiscal de su seno y al indiciado o un defensor para que en base de ello declare si hay o no lugar a formación de causa. En caso de haber formación a causa el Funcionario quedara destituido del cargo y la finalización del periodo para el cual fue elegido, pero de lo contrario el Funcionario volverá al normal desempeño de sus funciones publicas.

Los servidores públicos que se enriquezcan de manera ilícita y gocen del privilegio de antejuicio habrá que darle el trámite respectivo para poder interponer la

acción penal correspondiente, otra condición de perseguibilidad es la que se desprende de la parte final del Art. 240 de la Cn., en relación con el Art. 242 del mismo texto, el delito prescribe en el plazo de diez años desde que el sujeto activo cese en el ejercicio de su cargo. De tal forma que de no hacerse en dicho periodo no podrá entablarse acción penal correspondiente y de este modo quedaría condicionado el ejercicio penal a dar persecución en el término de los diez años al finalizar el ejercicio de su función.

❖ **ITER CRIMINES**

Es la secuencia de periodos o situaciones definidas en las que la acción delictiva va manifestándose en forma continua, desde sus orígenes o ideación hasta su consumación objetiva.

Éste se inicia internamente con una idea que se gesta dentro de la mente, en la conciencia del individuo, como un acto determinante de la voluntad, culminando con un acto exterior, que puede dar como resultado la consumación o la tentativa.

El autor delibera en su mente si va a cometer un delito, una vez resuelto diseña su estrategia o plan para realizar su fin delictivo. Se divide en dos fases:

Fase Interna

Contiene las siguientes etapas:

1.- Ideación

Consiste en la representación mental de una idea, la cual inicialmente se muestra como un escueto pensamiento y posteriormente se transforma adquiriendo caracteres bien definidos.

En el caso del enriquecimiento ilícito, el servidor público se hace una representación mental o una simple especulación que con su conducta criminal puede acrecentar su patrimonio o incluso cubrir todas sus obligaciones.

2.- Deliberación

Es el juicio interno de valoración mental entre la idea criminal concebida por una parte y los valores morales que yacen en la conciencia humana y junto a ello la amenaza por parte del Estado que se hace a través de la norma y la prevención general de la pena (intimidación a la población).

Una vez que el servidor público ha creado la idea de obtener un provecho personal en perjuicio de la Administración Pública, reflexiona en su mente sobre los valores que en el diario vivir le han enseñando en la familia, la escuela, la iglesia y los grupos sociales (formas no penales de prevención del delito). Contrasta su representación ilícita con la protesta de ley que rindió al momento de tomar posesión de su cargo, la confianza que la sociedad depositó en él y la imagen que tiene su institución frente a la ciudadanía.

En esta etapa de la deliberación la idea de obtener un incremento patrimonial injustificado sobrepasa el límite de la conciencia positiva del autor.

3.- Resolución Criminal

Este tercer momento consiste en la determinación mental del sujeto para la realización del delito. La idea ya se ha gestado en su mente y ha deliberado sobre el delito y los efectos que el delito puede producirle.

En el enriquecimiento ilícito la resolución criminal se produce cuando el servidor público está completamente decidido de realizar una conducta típica que le permita acrecentar su patrimonio en detrimento de la Administración Pública.

La fase interna constituye la formación del delito en su etapa primaria: existe la proposición de un fin, se seleccionan los medios y se valoran los efectos concomitantes, los cuales no son punibles porque el Derecho Penal no puede trascender a la esfera de los pensamientos debido a que su mayor fuente es la ley y en ésta se regulan comportamientos exteriorizados.

Fase Externa

Cuando la idea criminosa se manifiesta en el mundo exterior, el sujeto realiza todos los actos que forman parte de su proyecto delictivo, y que puede culminar en consumación o en tentativa.

Esta fase se divide en:

1.- Actos Preparatorios

Suponen un momento intermedio entre la fase externa y el propio inicio de la ejecución del delito. Se subdivide en:

a) Actos Preparatorios no Punibles. Son aquellos que no representan un peligro para ningún bien jurídico, tal como ocurre cuando se seleccionan los medios o se delimita el tiempo para la realización del ilícito.

b) Actos Preparatorios Punibles. Se castigan por la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal; salió de la fase interna el plan y el sujeto activo se lo manifiesta a otros para que participen con él. Estos a su vez, presentan las siguientes especies:

- Proposición. El Art. 23 del Código Penal dispone que existe proposición cuando *“el que ha resuelto cometer un delito solicita de otras personas que le ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo”*.

En el enriquecimiento ilícito no se penaliza esta modalidad por no encontrarse expresamente sancionado en el catálogo de delitos.

- Conspiración. Existe *“cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”*.

Con respecto al enriquecimiento ilícito, un servidor público que ha decidido cometer un hecho punible le puede solicitar ayuda a otro (proposición), o resuelven ejecutarlo conjuntamente (conspiración), conductas que no tienen ninguna relevancia para este delito porque el Art. 23 inciso último del Código Penal expresa que la regla de aplicación de estas resoluciones manifestadas únicamente son punibles en los casos que

la ley expresamente lo ha estipulado, situación que no reguló el legislador para el tipo del Art. 333 Pn.

- Apología

Es cualquier acción oral o escrita, realizada en público por cualquier medio, en la que se enaltece, se alaba o se defiende la consumación de un delito, presentándolo al público como algo beneficioso o como un ejemplo digno de imitar. Esto crea en el sujeto un ánimo o voluntad, inspirándolo a realizar la acción.

En el enriquecimiento ilícito no se castiga la apología porque el Art. 349 del Código Penal preceptúa que sólo se castigará para los delitos comunes, y como la conducta típica descrita en el Art. 333 Pn. es un tipo especial propio porque sólo la pueden realizar los sujetos cualificados, no es válida su aplicación.

Fase de Ejecución

1.- El Desistimiento

El autor del delito por voluntad propia decide abandonar su plan, puede ejecutar la conducta pero no quiere.

Al requerir la voluntad el abandono del proyecto criminal se exige una decisión libre y no motivada por la aparición en el transcurso de la ejecución de circunstancias que estén fuera del alcance y la eviten.

El artículo 26 del Código Penal preceptúa “no *incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado*”.

En el enriquecimiento ilícito se puede desistir de él salvo que de esta conducta surja otro delito ya consumado, como falsedad material, que si se sancionará.

Requisitos para que se valore el desistimiento:

- 1.- Abandono de la voluntad delictiva: Esto se entiende como aquella decisión voluntaria y espontánea que toma el sujeto de no persistir más en el desarrollo de la idea criminosa.
- 2.- Definitividad del abandono: En ningún momento el abandono podría ser provisional porque en este supuesto no se está en presencia de un desistimiento sino más bien de una postergación.
- 3.- Debe impedir la consumación: Este es un requisito más bien de efectividad del desistimiento; si se concreta el resultado no se produce un hecho tentado sino consumado.
- 4.- Debe ser voluntaria: Significa que debe ser una manifestación de la personalidad del agente en forma autónoma y no provocada por circunstancias externas a él.

2.- Formas Imperfectas de Ejecución: la tentativa

Se produce en aquellos casos en que el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por actos exteriores, practicando todos o parte de ellos, los que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo, éste no se da por causas ajenas a la voluntad del autor.

La tentativa es clasificada según los doctrinarios en acabada e inacabada, la primera se da cuando el agente realiza todos los actos tendientes a la consumación del delito pero ésta no ocurre por un factor externo a su voluntad; en la segunda, lo que sucede es que el agente no alcanza a realizar todos los actos ejecutivos para la consumación del resultado siempre por la interferencia externa a su voluntad.

La tentativa inidónea, se da cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado; la que no sólo era incapaz de producir la consumación en el caso concreto, sino también en cualquier otra circunstancia.

La tentativa imposible que tradicionalmente se ha referido a la conducta inidónea o a la ausencia absoluta o relativa del objeto material, también se ha predicado en la ausencia de cualificación del sujeto activo en los delitos denominados especiales.

El delito de enriquecimiento ilícito consiste en obtener incremento patrimonial injustificado, de manera que se consuma en el momento en que se aumentan los haberes del funcionario. Ahora bien, es posible que en la práctica sea casi siempre imposible establecer con claridad el momento en que esto ocurra, porque si el enriquecimiento

proviene de la comisión de un delito en particular y éste es descubierto, lo procedente es aplicar la disposición específica.

El enriquecimiento puede advertirse por el momento en que se hacen inversiones, se realizan gastos que no tienen relación con los ingresos lícitos del funcionario o cuando se pagan deudas que disminuyen su pasivo. En todos estos casos el momento consumativo del delito es fácilmente determinable, pero en la realidad lo que con más frecuencia ocurre es que al término de una gestión oficial aparece el empleado detentando fortunas no explicadas sobre cuyo origen en particular se ignoran datos; lo más probable es que esa fortuna sea el producto de la comisión de muchos delitos no descubiertos, realizados sucesivamente en el tiempo durante el ejercicio de la función pública. Como lo que el tipo penal sanciona es el enriquecimiento producto del desviado ejercicio del cargo o de la función, el delito tendrá que considerarse consumado en el momento en que el enriquecimiento se manifieste o, en caso de que aparezca luego del término de una actividad pública, lo pertinente es concluir que éste se consolidó hasta el último día en que el sujeto desempeñó el cargo, dado que el aumento tuvo que ser la necesaria consecuencia de la función incorrectamente desempeñada.

Las precedentes afirmaciones permiten llegar a la conclusión que el delito de enriquecimiento ilícito es instantáneo, aún cuando sus efectos pueden prolongarse en el tiempo, y a pesar de que el aumento del patrimonio sea el resultado de muchas conductas sucesivamente realizadas.

En un plano puramente teórico es posible aceptar la tentativa de enriquecimiento ilícito; sin embargo, en el plano de la realidad la posibilidad de tentativa debe ser rechazada. En efecto, si tal como se ha dicho el enriquecimiento es un delito de carácter subsidiario, aplicable en los casos en que estos hechos punibles no hayan podido ser demostrados, es evidente que la tentativa de enriquecimiento corresponderá a la tentativa del delito en concreto o a éste debidamente consumado, casos en los cuales lo procedente es aplicar la disposición particularmente violada y no la tentativa de enriquecimiento.

Por ejemplo, si un peculado se quedó en el grado de tentativa, es incuestionable que el funcionario quería enriquecerse en cuantía equivalente al valor de lo que pretendía apropiarse, no obstante, si este hecho se descubrió no podrá hablarse de tentativa de enriquecimiento (por la mencionada solución subsidiaria), sino de tentativa de peculado. Igualmente cuando el servidor aceptó dádivas dentro de un cohecho, las cuales no le fueron cubiertas, también podría pensarse en tentativa de enriquecimiento, pero ante la comisión de aquel ilícito en particular, cabe sólo la aplicación de la norma específica.

En conclusión, la base para determinar la imposibilidad de apreciación de tentativa en el delito de enriquecimiento ilícito, radica en que la naturaleza subsidiaria del tipo no permite la persecución penal por una ejecución imperfecta.

3.- Consumación

Entre delito tentado y consumado es importante destacar que no existe diferencia alguna en cuanto al ámbito subjetivo del tipo porque en ambos casos subsiste el dolo de consumación.

La consumación del delito de enriquecimiento ilícito, se produce cuando se completa su ejecución típica, esto es, cuando se cumplen todos los requisitos constitutivos de la figura criminal y en especial del verbo rector de la descripción conductual: obtener el incremento patrimonial injustificado.

La consumación del enriquecimiento ilícito se produce cuando el autor quebranta la esfera de fidelidad hacia la Administración Pública y obtiene un provecho propio en perjuicio de aquélla.

❖ **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

AUTORÍA

En términos generales, autor es el que realiza el hecho punible; es quien ejecuta la conducta subsumible en el tipo respectivo. Por ejemplo, es autor el que dispara el arma de fuego y le provoca la muerte a su víctima a causa de la lesión. Al autor se refiere el legislador cuando en la ley utiliza locuciones como “el que”, “la persona” o “quien”.

Determinar el autor resulta más sencillo en los tipos penales que están concebidos como si los ejecutara una sola persona. Sin embargo, existe dificultad para identificarlo cuando varios sujetos contribuyen a la realización del delito y es necesario separar las diferentes contribuciones para saber cuál es de ellas es la que fija la autoría.

A fin de resolver esa situación surgen diferentes teorías que pretenden facilitar la delimitación de la autoría, éstas son: teoría formal-objetiva, teoría subjetiva y teoría final-objetiva.

Teoría Formal-Objetiva

Para esta teoría es autor quien ejecuta una conducta que exteriormente tiene la apariencia de la acción típica, o por lo menos de alguna parte de ésta. Por ejemplo, ejerce la violencia del robo aunque no se apodere de la cosa.

Esta postura resulta ser insuficiente para explicar la autoría mediata y la coautoría; y por ello fracasó en su intento de clarificar la autoría.

Teoría Subjetiva

Lo determinante es el ánimo concreto con que intervenga la persona. De tal manera, si actúa con ánimo de autor, será autor independientemente de cuál haya sido su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe será, entonces, un partícipe.

Como puede apreciarse es muy incierta para calificar la responsabilidad de la persona interviniente en el hecho porque al limitarse al aspecto subjetivo deja de lado los criterios objetivos señalados por la ley.

Teoría Final-Objetiva

Según este criterio, se considera autor a la persona que domina finalmente la realización del delito. Significa que es autor quien decide en términos generales el sí y el cómo ha de ejecutarse la acción.

A pesar que también es criticada por cierta vaguedad en su planteamiento, no puede negarse que es la mejor teoría para explicar y delimitar la autoría.

La autoría admite una clasificación tripartita. Se divide en autoría directa, mediata y coautoría.

Autoría Directa

También se le llama autoría inmediata. Se define el autor directo como aquella persona que realiza en forma personal y directa la conducta típica. A ella se refiere el Código Penal cuando en su Art. 33 expresa “*los que por sí*”. Esta locución es el fundamento para las conductas típicas descritas en la Parte Especial; así ocurre en el homicidio (Art. 128 Pn.) cuando estipula “*El que matare a otro*”.

Autoría Mediata

El autor no realiza de forma directa y personal el delito, sino que se vale de otra persona que le sirve de instrumento, generalmente no responsable, que es quien realiza el hecho.

El dominio del hecho se fundamenta en el dominio de la voluntad del que actúa por parte del servidor mediato. Esta situación trae como consecuencia que, por lo general, haya ausencia de acción en el instrumento humano del que se sirve.

El Código Penal regula esta clase de autoría en el Art. 34.

Coautoría

*“Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conciente y voluntariamente”.*⁸⁷ Como el fundamento para explicar la autoría es el dominio final del hecho, en la coautoría hay un codominio que presupone la comisión común del acto. Está regulada en el Art. 33 del Código Penal.

La coautoría presenta los siguientes requisitos:

- Que el coautor reúna las mismas condiciones que el autor.
- Que el coautor haya prestado una colaboración objetiva al mismo.
- Que haya tenido el codominio del hecho.

En el delito de enriquecimiento ilícito la autoría queda limitada a las personas que ostentan una cualificación otorgada por la ley en virtud de su investidura. De tal manera, sólo pueden ser autores los sujetos que menciona el Art. 333: el funcionario y empleado público, y la autoridad pública.

El autor calificado se encuentra en una especial relación con el bien jurídico tutelado. En ese sentido, se habla de bienes jurídicos primarios, cuya posibilidad de lesión o puesta en peligro está al alcance de cualquier persona, tal es el caso del

⁸⁷ Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte General. Pág. 451

homicidio. Por el contrario, existen otros bienes jurídicos que no están al alcance de cualquier sujeto, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados; se da entre el sujeto y el bien jurídico una relación de dominio fundamentada en la posición de poder que ostentan determinadas personas sobre estos intereses protegidos.

En los delitos especiales el legislador ha restringido la autoría. La razón de ello es la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no ocurre en referencia a terceras personas.

La autoría directa es la forma más evidente de realización del enriquecimiento ilícito, por lo general, el servidor público no requiere de ninguna otra persona para ejecutar la acción.

La autoría mediata también es posible, pero es requisito que la persona que actúa como mero instrumento ostente la misma cualidad de servidor público, de no ser así no se configuraría esta modalidad de autoría.

La coautoría también es posible, pero deben cumplirse sus presupuestos objetivos. Ambas personas deben ser servidores públicos, prestar una intervención objetiva y un codominio final del hecho. Tal es el caso de dos magistrados de cámara que conjuntamente realizan actos para obtener incremento patrimonial para cada uno de ellos. El enriquecimiento ilícito puede darse por coautoría porque el núcleo rector del

tipo apunta hacia el incremento patrimonial injustificado, lo cual puede ocurrir para cada uno de los coautores.

PARTICIPACIÓN

El Código Penal no limita la responsabilidad a los que realizan la acción típica (los autores), sino que contiene disposiciones que permiten sancionar a los partícipes.

En ese sentido, *“la participación es una categoría dogmática que se caracteriza por estudiar el problema de aquellos que, tomando parte en el delito, no realizan la acción típica”*.⁸⁸ Se incluyen a los cómplices y a los instigadores porque sus acciones no contribuyen a la realización del delito del autor, pero no son acciones típicas dado que no ejecutan la descripción de la conducta típica regulada en el tipo.

La participación es punible porque constituye un aporte a la realización del delito del autor.

La participación se clasifica en: Instigación y Complicidad.

Instigación

Instigador es el que dolosamente determina a otro, en forma directa, a la comisión de un delito; es quien siembra el dolo en la mente del autor. Por ejemplo, determinar a otro a matar a un tercero.

⁸⁸ Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del Delito. Pág. 176

Complicidad

Cómplice es el que dolosamente, y sin tener el dominio final del hecho, presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito. Códigos como el salvadoreño la dividen en complicidad necesaria (o primaria) y no necesaria (o secundaria) según que la ayuda haya sido de tal magnitud que sin ella el ilícito no habría podido cometerse o alcanzar tanta importancia.

El inciso segundo del Art. 333 del Código Penal se refiere a la complicidad, y dispone: “En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento patrimonial no justificado”.⁸⁹

Los comentaristas colombianos advierten que esta parte de la disposición resulta superflua por cuanto es claro que la conducta de la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento representa una contribución a la realización del hecho punible o una ayuda posterior en cumplimiento de promesas anteriores al mismo; vale decir que tal forma de actuar constituye una especie de complicidad, conforme con la noción que de este dispositivo amplificador de los tipos penales da el Art. 36 del Código Penal.

La regulación específica de esta forma de coparticipación no vulnera intereses superiores, pero rompe de manera abrupta la sistemática del ordenamiento penal, en primer lugar al ubicar dentro de la Parte Especial un fenómeno jurídico que tiene

⁸⁹ Esta fórmula es sustancialmente igual a la contemplada en la legislación argentina, con la diferencia que en aquella codificación se impone pena menor al tercero que al funcionario.

regulación en la Parte General, y, en segundo lugar, porque desconoce el principio punitivo que orienta la complicidad, de conformidad con el cual la pena que corresponde al cómplice será siempre menor que la prevista legalmente para el autor, con mayor razón en casos como el enriquecimiento ilícito en donde el autor es siempre un servidor público, a quien por razón de su investidura y de los deberes que ella genera, debe ser sancionado con más drasticidad, su conducta es más reprochable socialmente que la del partícipe.

De la redacción del Art. 333 del Código Penal surgen, no obstante, algunas dudas que es necesario destacar. En efecto, el tipo penal sanciona el incremento patrimonial no justificado del servidor público, de manera que cuando el inciso segundo se refiere a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado, la conducta de esta última debe estar orientada a disimular el enriquecimiento del servidor, ya sea porque el particular detenta las riquezas mal habidas del funcionario, o porque de cualquiera otra manera realiza actos que tiendan a ocultarla, como cuando finge créditos o en fin, presta ayuda para que el incremento patrimonial pase inadvertido.

Sin embargo, puede ocurrir que no se trate de lo anterior sino que la conducta del servidor oficial haya estado orientada a enriquecer a otro; en esta situación no es aplicable el inciso porque no se configura cabalmente la conducta en él prevista, no se da la actividad del particular para ocultar el enriquecimiento del funcionario, deben aplicarse las disposiciones generales de la coparticipación en sus formas de autoría y complicidad.

También es necesario señalar que la fórmula del inciso segundo puede comprender algunos casos que se resolverían a través de la aplicación de las disposiciones que regulan el encubrimiento. La conducta de interponerse para disimular enriquecimiento puede ser una manera de ayuda a eludir la acción de la autoridad o de entorpecer la investigación correspondiente. Esta duda deberá dilucidarse con apoyo en lo regulado en el Art. 308 del Código Penal, en cuanto el atentado contra la administración de justicia sólo tiene operancia cuando no ha habido concierto previo con el sujeto agente.

El punto de partida para diseñar una solución es determinar si el delito de enriquecimiento ilícito es instantáneo o de carácter permanente. Los delitos instantáneos se consuman en el instante en que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera; mientras que los permanentes suponen el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración, por la voluntad del autor, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando, hasta que se abandona la situación antijurídica.

El delito de enriquecimiento ilícito es de carácter instantáneo y por ello se consume en el momento que obtiene el incremento patrimonial. Tomando esto como referencia, se ha de concluir que la persona interpuesta para disimular el acrecentamiento no realiza actividades de encubrimiento porque con ostentar a su nombre bienes mal habidos del servidor público, no lo está sustrayendo del ejercicio de la acción penal.

Además, el encubrimiento exige que no haya un previo concierto entre el servidor público con el testaferro, y en el enriquecimiento ilícito ambos sujetos se conciertan, el uno para incrementar su patrimonio injustificadamente y el otro para ayudarle a disimularlo

❖ CONCURSO DE DELITOS Y DE LEYES

La ejecución de un comportamiento ilícito puede efectuarse de varias formas, por ejemplo ocurre que *“una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso”*⁹⁰ o *“que el delito cometido puede ser enjuiciado aparentemente, al mismo tiempo, por varios preceptos legales, pero realmente solo uno de ellos es aplicable”*⁹¹.

En primer lugar doctrinariamente a ello se le denomina concurso ideal, definido como unidad de acciones y pluralidad de delitos; concurso real, entendido como pluralidad de acciones y de delitos; junto a ellos se encuentran también el de pluralidad de acciones y unidad de delitos, delito continuado; y el de pluralidad de acciones y de delitos, delito masa.

⁹⁰ Francisco Muños Conde, Derecho Penal Parte Especial (2002), pág. 485.

⁹¹ Ibid, pág. 485.

Con todo, aun se presentan situaciones en donde se vuelve necesario realizar análisis minuciosos, según determinados principios para descartar o no un concurso aparente de leyes.

Son situaciones, como puede analizarse, que tiene que ver con la determinación de la pena. “*Sin embargo, no hay duda de que también corresponde a la Teoría del Delito establecer las líneas básicas que permitan diferenciarse unos supuestos de otros y las razones por la que deben diferenciarse*”⁹²

En el código penal se encuentran reguladas estas circunstancias en los artículos del 41 al 43, es preciso señalar que la circunstancia del concurso aparente de leyes no se encuentra regulado expresamente en el ordenamiento jurídico penal del país, situación por la cual los dispensadores de justicia la extraen de la doctrina para la aplicación en los casos concretos. Esto puede ser porque se le denomina con el calificativo, en palabras de Francisco Muños Conde de “*relativo valor interpretativo*”⁹³ por lo que el legislador tomo a bien no incluirlo de manera expresa en el ordenamiento jurídico penal.

Para determinar cuando se esta en presencia de cualquiera de las diferentes modalidades de concurso, la doctrina ha creado la teoría de la unidad o pluralidad de acciones típicas, “*se quiere significar en sentido amplio, que una misma persona puede*

⁹² Ibid, pág. 486.

⁹³ Ibid, pág. 485.

*realizar una conducta penalmente relevante susceptible de ubicarse en dos o más tipos penales, o varias conductas que encajen en un mismo supuesto de hecho o en varios”*⁹⁴

Unidad y pluralidad de acciones.

Para la interpretación de las conclusiones de esta teoría se define el concepto de acción desde un punto de vista ontológico-normativo y no como el hecho en un sentido procesal.

En la doctrina se ha discutido mucho sobre cual criterio aplicar para determinar el número de acciones en un hecho delictivo, de este criterio dependerá la determinación de los distintos concursos de delitos y leyes.

En primer lugar se pretendió que para determinar una acción jurídico-penal debía de tomarse en cuenta el número de inervaciones musculares realizadas por el sujeto activo, es evidente que este criterio es producto de la teoría clásica del delito, pronto fue rechazada debido a que llegaba a conclusiones no apropiadas y nada esclarecedoras respecto a la problemática, por ejemplo establece la doctrina que un homicidio producto de cuarenta puñaladas, aplicando este criterio, tendría igual número de acciones según las puñaladas que el sujeto activo le propino al pasivo.

⁹⁴ Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal Parte General, pág. 566.

Como segunda propuesta se estableció que lo determinante debía ser el número de resultados provocados por el sujeto activo, de esta manera una sola acción de un terrorista que acciona una bomba y mata a cincuenta personas, realiza igual número de acciones, una manifestación de voluntad provocaba una pluralidad de acciones.

Un tercer criterio que se adoptó para determinar cuando se encuentra frente a una unidad o pluralidad de acciones fue el número de tipos realizados.

Un cuarto criterio fue el acudir a la unidad de acción natural, apelando a la concepción natural de la vida, “*se postula que se está enfrente a una acción en sentido jurídico-penal si distintos actos de carácter parcial están guiados por una voluntad unitaria y, desde la posición de un espectador, aparecen conectados espacial y temporalmente*”⁹⁵. En este sentido un sujeto que viole durante todo un día a una mujer, realizara una acción, mientras que la haya violado durante varias sesiones en momentos diferentes, habrá una pluralidad de acciones.

La doctrina rechazó este criterio por tres razones, por considerarlo poco práctico para aplicarlo, porque es necesario demostrar la existencia de una concepción natural de la vida previa al derecho, algo menos que improbable, también porque no es decisiva la voluntad del autor, aunque juega un cometido importante.

Finalmente un último criterio ha sido el ontológico-normativo, para saber si se esta en presencia de una o varias acciones, se debe partir del concepto final de acción

⁹⁵ Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal parte general, pág. 569.

junto al enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos penales. El acontecer del hecho punible no es un mero acontecer físico, sino una conducta inspirada en la finalidad trazada por el sujeto activo.

Desde esta perspectiva, una acción delictiva puede realizarse mediante varias acciones o una sola como lo puede ser el homicidio (art. 128 Pn.), en los casos de los tipos que necesitan diversas actuaciones conectadas como el robo, apoderamiento y violencia (art. 212 Pn.) o en los tipos de conductas permanentes, por ejemplo el secuestro y los tipos compuestos de carácter complejo (art. 129 inc. 2 Pn.) en todos estos casos por estructuralmente se realizan mediante una pluralidad de acciones pero el legislador los analiza como una sola acción, según su fin.

Así mismo debe verse una sola acción cuando el tipo penal se efectuó a través de medios simbólicos, las injurias o difamaciones por medios impresos, o cuando el tipo se realiza de manera continua, cuando un servidor público realiza peculado apoderándose de una cuantiosa cantidad de dinero por sustracciones mensuales.

Debe contemplarse como una sola acción en los casos de hechos culposos, cuando un sujeto infringe una o varias conductas del debido cuidado, el sujeto activo realiza una conducta generadora de múltiples resultados que pueden o no afectar diversos bienes jurídicos, por ejemplo cuando el agente va conduciendo a excesiva velocidad, alcoholizado, sin licencia y desobedeciendo las señales de tránsito, atropellando a unos peatones que cruzaban la carretera cuando el semáforo se

encontraba en rojo, dando muerte ha tres y lesionando a dos, lo que no acontecería si ocurren la lesiones o muertes en accidentes diferentes.

En los delitos omisivos, si el agente se inhibe de realizar la conducta mandada generando o no una pluralidad de resultados, a condición de que pueda evitarlos de manera conjunta, pues de lo contrario deberán verse varias omisiones. La doctrina establece que si un controlador aéreo omite darle las instrucciones a un avión para que este se accidente con el propósito de matar a sus suegros que se encuentran abordo, situación que se hace efectiva mas lesiones de otros pasajeros, en esta situación se vera una sola omisión, puesto que este hecho podía evitarse de manera conjunta, si el controlador no hubiese omitido dar las señales al capitán del avión las lesiones y las muertes de los pasajeros se hubiesen evitado en conjunto. Habría varias omisiones en la situación en donde el socorrista omite salvar a un grupo de bañistas, debido a que no podría evitar el resultado de manera conjunta, existiría una omisión por cada bañista ahogado.

Finalmente hay unidad de acción en el concurso ideal, debido a que una sola acción es desvalorada de múltiples maneras por la ley penal.

Son tres los casos donde se debe descartar la concurrencia de figuras típicas para regular una conducta

DELITO CONTINUADO

En el código penal se encuentra regulada esta figura en el artículo 42, delito continuado. *“Se presenta cuando el agente realiza diversos actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia, de tal manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción”*⁹⁶

Comete el delito continuado quien mediante dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito criminal y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aún cuando fueren de distinta gravedad.

Requisitos:

La doctrina ha establecido criterios para la realización de esta figura jurídica.

1- *“Se debe llevar a cabo el mismo tipo penal o uno que en lo esencial contenga idénticos elementos objetivos y subjetivos”*⁹⁷, esta figura debe realizarse de manera homogénea, es admisible la figura cuando el agente para ejecutar su actividad realiza el tipo penal correspondiente, modifica por la presencia de un elemento típico que la agrava o lo atenúa.

⁹⁶ Fernando Velásquez Velásquez, Código penal parte general, pago. 572.

⁹⁷ Fernando Velásquez Velásquez, Código penal parte general, pago. 573.

2- Es necesaria la afectación del mismo bien jurídico, este concurso solamente se puede dar ante los bienes jurídicos de carácter impersonales como el patrimonio y la administración pública, esto es porque en doctrina para efectos punitivos se considera que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de carácter personal; la vida, libertad, integridad física, son casos de concurso ideal homogéneos siempre y cuando se realice el ilícito sobre varios sujetos titulares del mismo bien jurídico.

3- Debe existir la unidad del fin, es el elemento subjetivo de la figura jurídico penal, esto significa que el sujeto activo al realizar la acción punible, violación, tiene el propósito de realizar el ilícito en el mismo sujeto pasiva durante varias ocasiones más, debe demostrarse en esta situación lo que en doctrina es llamado el dolo de continuación, entendida como un ceder psíquico de carácter homogéneo por parte del autor enfrente a la misma situación del hecho. El sujeto activo enfrenta la misma situación, con una unidad en el fin, la violación, para ello se requiere que el sujeto siga un plan comprensivo de los diversos actos particulares, determinándolos en líneas generales, sin demandar precisión hasta de los más ínfimos detalles.

4- La identidad específica del comportamiento delictivo. Es necesario para configurar el delito continuado que el supuesto de hecho se realice mediante actos similares y reuniendo el agente la misma calidad, *“no se presenta la institución en estudio cuando el tipo penal se lleca a cavo mediante actos de carácter positivo y omisivos al mismo*

tiempo, o si el agente asume diversos comportamientos como autor, cómplice o instigador⁹⁸”.

5- Unidad del sujeto pasivo con el activo. También es necesario para la configuración del delito continuado que la acción punible sea realizada por el mismo agente y que recaiga sobre idéntico sujeto pasivo.

DELITO EN MASA

Esta figura fue creada por la doctrina española con el propósito de regular de mejor manera aquellos actos constitutivos de delito continuado en donde se lesionaba o amenazaba a un bien jurídico cuya titularidad le pertenecía a una pluralidad de sujetos pasivos.

Se define como *“aquel evento en el cual el sujeto activo, mediante la realización de uno o varios actos que, considerados de manera independiente, constituían un solo delito o contravención, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas que en principio no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno ”⁹⁹*

⁹⁸ Ibid, pago 575.

⁹⁹ Ibid, pago. 575.

El código penal lo regula en el artículo 43, establece que cuando en las defraudaciones el agente obtenga diversas cantidades de dinero en perjuicio de una pluralidad de sujetos indiferenciados, el hecho deberá estimarse en conjunto como un solo delito, tomándose como monto del perjuicio patrimonial el conformado por el importe global de lo defraudado.

El delito en masa será utilizado únicamente para impedir la impunidad o un tratamiento injustificadamente benévolo de los hechos que considerados individualmente no constituyan delito por razón de su cuantía.

Por ejemplo, son casos típicos de estafas art. 215 Pn. En donde el sujeto activo realiza una o varias acciones con el propósito de lesionar el bien jurídico patrimonio, la titularidad de esta bien jurídico pertenece a una pluralidad de agentes pasivos, ante este caso el hecho se valora en conjunto y no de manera separada de acuerdo a cada titular del bien jurídico, tiene el designio de evitar tratos benévolos y el de evitar la impunidad en para los casos que por razón de la cuantía no constituyan delito.

CONCURSO REAL

Existe concurso real cuando hay una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o en varios tipos penales, realizadas por lamisca persona, y que concurren para ser juzgadas en un mismo proceso.

El concurso real se encuentra regulado en el código penal en el artículo 41, “Hay concurso real cuando con dos o más acciones u omisiones independientes entre si, se cometen dos o más delitos que no hayan sido sancionados anteriormente por sentencia ejecutoriada.

Requisitos:

- 1- Debe existir una pluralidad de acciones independientes, debe tratarse de un número múltiple de acciones u omisiones autónomas.
- 2- Es indispensable la unidad de sujeto activo. El concurso real requiere que solo sea uno el sujeto activo.
- 3- El sujeto pasivo puede ser único o plural. En el concurso real pueden existir una o varias personas que sean perjudicadas por las acciones de un sujeto.
- 4- Es necesario que el agente sea objeto de juzgamiento en un mismo proceso penal. En un caso en donde se pronunciara sentencia independiente en contra de un agente, sobre un ilícito, a quien se le acusa de dos delitos, quedaría descartado el concurso.

CONCURSO APARENTE

El concurso aparente “*Se presenta cuando en apariencia hay un fenómeno de concurrencia de tipos penales para gobernar una conducta*”¹⁰⁰

Es la situación que se presenta cuando del análisis de un hecho fáctico se concluye que en una misma acción puede aplicarse más de dos tipos penales, en el código penal no se encuentra regulado esta figura tal y como en la mayoría de los países ocurre según Velásquez Velásquez, por esta razón es la interpretación la pauta para resolver este conflicto.

Requisitos:

- 1- Se requiere unidad de acción. Esto es así porque en el concurso aparente existe un supuesto ficticio de concurso de tipos penales sobre una sola acción.
- 2- Deben presentarse una pluralidad de tipos que de manera aparente concurren para gobernar la acción.
- 3- El sujeto activo debe ser unitario.

¹⁰⁰ Ibid, pago. 578.

La doctrina ha establecido principios de interpretación para determinar con mayor certeza las situaciones en que exista un concurso aparente de leyes.

El primer principio es de especialidad; cuando un supuesto de hecho reproduce elementos constitutivos de dos tipos penales, se aplicara aquel tipo penal que caracteriza de manera más precisa al hecho o al autor añadiendo elementos adicionales.

En segundo lugar esta el principio de consunción. Cuando en un supuesto de hecho aparentemente concurren dos tipos penales, el primero más gravoso que el segundo se debe aplicar el primero.

En tercer lugar se encuentra el principio de subsidiariedad, *“el cual supone la aplicación auxiliar de un tipo penal cuando no intervenga otro que, de manera principal, cobije la conducta”*¹⁰¹ .

CONCURSO IDEAL

“Se presenta cuando el autor, mediante una única acción ontológico-normativa, realiza al mismo tiempo una pluralidad de tipos penales”¹⁰²

Esta situación se presenta cuando una sola acción es gobernada por varios tipos penales, el concurso ideal esta regulado en el artículo 40 Pn. “Hay concurso ideal de

¹⁰¹ Ibid, pago. 581.

¹⁰² Ibid, pago. 582.

delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí”.

Requisitos:

- 1- Existe una unidad de acción. El supuesto de hecho que regula el concurso ideal es cuando una sola acción es gobernada por varios tipos penales.
- 2- Se requiere una doble o múltiple desvaloración de la ley penal. En el concurso ideal una sola acción puede ser gobernada por varios tipos penales de ahí a que sobre un supuesto de hecho existen una doble o múltiple desvaloración de la ley penal.
- 3- Se requiere unidad del sujeto activo.
- 4- Pueden haber unidad o pluralidad de sujetos pasivos.

LOS CONCURSOS Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La figura del concurso aplicado al delito de enriquecimiento ilícito, objeto de estudio, es el concurso aparente de leyes, esto es así debido a la naturaleza del tipo en cuestión, efectivamente el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter subsidiario lo que conlleva a suponer de manera errónea que en una misma acción podrían ser gobernada por dos tipos penales, en este caso cualquiera de los tipos penales que

resguardan el bien jurídico de la administración pública y el delito de enriquecimiento ilícito, el carácter de subsidiariedad no permitiría tal situación puesto que se estaría juzgando dos veces una misma acción, violentando el principio del *nebis in ídem*.

También se podría dar la situación del concurso real, cuando un funcionario luego de enriquecerse ilícitamente comete el delito de homicidio con la intención de encubrir el hecho.

2.2.7.- BASE CONCEPTUAL

- a) **AUTORIDAD PÚBLICA:** Los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.
- b) **BIENES:** Activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.
- c) **CONFLICTO DE INTERESES:** Son aquellas situaciones en las que el interés personal del servidor público o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, entran en pugna con el interés público.
- d) **CORRUPCIÓN:** El uso y abuso del cargo y de los bienes públicos, cometido por el servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero.
- e) **EMPLEADO PÚBLICO:** Persona natural que presta servicios, retribuidos o ad-horem, permanentes o temporales en la Administración del Pública y que actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico, dentro de la facultades establecidas en su cargo.
- f) **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO:** Aumento del capital de un funcionario o servidor público o de su grupo familiar, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de sus emolumentos que haya

percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa justa.

- g) ÉTICA PÚBLICA:** Principios que norman los pensamientos, las acciones y las conductas humanas y que las orientan al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.
- h) FONDOS PÚBLICOS:** Son los provenientes de la Hacienda Pública o Municipal que se utilizan para el cumplimiento de sus funciones, finalidades, potestades o actividades de naturaleza pública.
- i) FUNCIONARIO PÚBLICO:** Persona natural que presta sus servicios, retribuidos o ad-horem, permanentes o temporales en la Administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción, por elección o por nombramiento, con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo.
- j) FUNCIÓN PÚBLICA:** Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-horem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- k) PARTICULAR:** Persona natural o jurídica que carece de vinculación laboral con la Administración Pública a quien ésta le presta servicios.
- l) PROBIDAD:** Honradez, integridad, rectitud, respeto y sobriedad en el actuar del servidor público.

- m) RESPONSABILIDAD:** Disposición y diligencia en el cumplimiento de los actos de servicio, función o tareas encomendadas a la posición o puesto que se ocupa y disposición para rendir cuentas y asumir las consecuencias de la conducta pública inadecuada o del incumplimiento de las obligaciones.
- n) SERVIDOR PÚBLICO:** Persona natural que presta ocasional o permanentemente, servicios dentro de la Administración del Estado, de los municipios de las instituciones oficiales autónomas sin excepción. Comprende a los funcionarios y empleados públicos y agentes de autoridad en todos sus niveles jerárquicos.
- o) TRANSPARENCIA:** Actuar de manera accesible para que toda persona natural o jurídica, que tenga interés legítimo, pueda conocer de las actuaciones del servidor público son apegadas a la ley, a la eficiencia y a la responsabilidad.

2.3.- ELEMENTOS BÁSICOS JURÍDICOS

2.3.1.- DERECHO COMPARADO

Se define como una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados; aunque debe decirse que no se trata propiamente área del Derecho.

Manuel Osorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, lo define como la *“ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países”*.

Por ese motivo, el Derecho Comparado puede aplicarse a cualquier área del Derecho, realizando estudios específicos tales como: Derecho constitucional comparado y Derecho Penal comparado, por ejemplo.

La utilidad del Derecho Comparado es variada, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y el legislador.

- La doctrina jurídica estudia con detenimiento casos de otros ordenamientos para realizar su estudio y comentario del derecho vigente.
- La jurisprudencia en ocasiones acude al Derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la ley interna.

- El legislador en muchas ocasiones toma ideas y modelos del exterior, para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente; también le permite adecuar la legislación interna a los avances registrados en los países de mayor técnica legislativa.

DERECHO COMPARADO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

PAÍS/TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	MÉXICO	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo</p>	<p>Art. 224 Pn. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la ley federal de responsabilidades de los servidores</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo siempre es el servidor público. 2. El sujeto pasivo es el Estado. 3. El bien jurídico siempre es la Administración Pública. 4. La conducta típica es no justificar el legítimo origen del incremento patrimonial. 5. El enriquecimiento ilícito se puede producir por cualquier medio. 6. Ambos tipos penales se refieren al tercero que cumple funciones de

<p>tiempo.</p>	<p>públicos.</p> <p>Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia.</p>	<p>participación en la comisión del hecho punible.</p> <p>7. Incluyen la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o cargo.</p> <p>8. La naturaleza subsidiaria del tipo no aparece expresamente determinada en la redacción del mismo.</p>
	<p>Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:</p> <p>Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la ley federal de responsabilidades de los servidores públicos.</p> <p>Cuando el monto a que ascienda el</p>	<p style="text-align: center;">DIFERENCIAS</p> <p>1. El tipo penal salvadoreño no ofrece una definición de enriquecimiento ilícito, sólo se encuentra en la Constitución y en las leyes de Enriquecimiento Ilícito y de Ética Gubernamental; mientras que el tipo penal de México proporciona una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p>

	<p>enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el distrito federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p> <p>Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito</p>	<ol style="list-style-type: none"> 2. El tipo penal de México hace remisión expresa a una ley de carácter administrativo; mientras que el tipo penal salvadoreño no lo hace. 3. El Art. 333 Pn. no se refiere al decomiso como una figura jurídica para que los bienes obtenidos ilícitamente por el servidor público pasen al dominio del Estado; y, por el contrario, el Art. 224 del Código Penal mexicano lo incluye directamente. 4. La única pena principal que impone el tipo penal salvadoreño es la prisión; por el contrario, en México también se aplica la multa. 5. En El Salvador la única pena accesoria que se impone es la
--	---	---

	<p>Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.</p>	<p>inhabilitación especial (a parte de la pérdida de derechos de ciudadano que es común en todos los casos en que hay una pena de prisión); en México, en cambio, se impone además la destitución.</p> <p>6. En El Salvador, la pena de prisión oscila entre los tres y los diez años, y es irrelevante la cuantía del incremento patrimonial; mientras que en México, varía según a cuanto ascienda el monto del enriquecimiento ilícito, tomando para ello como referencia el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.</p>
--	--	--

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	COSTA RICA	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>Art. 346 Pn. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Aceptare una dádiva cualquiera o una promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2. Utilizare con fines de lucro para sí 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo sólo puede ser una persona vinculada con la Administración Pública. 2. El sujeto pasivo de la acción es siempre el Estado. 3. La conducta típica es obtener incremento patrimonial injustificado. 4. El bien jurídico que se tutela es la Administración Pública. 5. El incremento patrimonial debe producirse en razón del ejercicio de

<p>del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>	<p>o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;</p> <p>3. Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio de su cargo; y</p> <p>4. No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción</p>	<p>un cargo público.</p> <p>6. El enriquecimiento ilícito puede producirse por cualquier medio.</p> <p>7. No ofrecen una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p>
--	--	---

	de un cargo público.	
		DIFERENCIAS
		<ol style="list-style-type: none">1. En el tipo penal salvadoreño el sujeto activo es el funcionario, empleado público y la autoridad pública; mientras que en el tipo penal costarricense sólo es autor del delito el funcionario público.2. El Art. 333 incorpora las actividades de participación del testaferro para disimular el incremento patrimonial no

		<p>justificado. El Art. 346 no se refiere a las funciones de complicidad.</p> <p>3. En el tipo penal de Costa Rica no aparece estipulada ninguna pena accesoria; en cambio en el tipo penal de El Salvador se impone la inhabilitación especial durante el tiempo de vigencia de la pena.</p> <p>4. El tipo penal costarricense incorpora otras descripciones típicas; mientras que el tipo penal salvadoreño sólo se refiere al enriquecimiento ilícito.</p>
--	--	---

		<p>5. En El Salvador es irrelevante la cuantía del enriquecimiento; mientras que en Costa Rica debe ser considerable.</p> <p>6. El tipo penal costarricense incorpora una condición objetiva de procesabilidad y es que el servidor público tiene que ser “<i>debidamente requerido</i>”; el tipo penal salvadoreño no lo hace.</p>
--	--	---

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	CUBA	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>Art. 150 Pn. La autoridad, funcionario o empleado que, directamente o por persona intermedia, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcional a sus ingresos legales, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar los gastos u obtener tal aumento patrimonial, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. En ambos tipos el sujeto activo del delito puede ser el funcionario, empleado público o la autoridad pública. 2. El sujeto pasivo del delito es el Estado. 3. El bien jurídico que protege la norma es la Administración Pública. 4. La conducta típica es obtener incremento patrimonial injustificado.

<p>del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>	<p>mil cuotas o ambas.</p> <p>A los declarados responsables del delito previsto en este artículo se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.</p> <p>Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.</p>	<p>5. El enriquecimiento ilícito puede producirse por cualquier medio.</p> <p>6. Ambos tipos se refieren a las actividades de participación de la persona interpuesta; los cubanos le llaman persona intermedia.</p> <p>7. El monto del enriquecimiento ilícito es irrelevante para la tipificación de la conducta.</p> <p>8. La naturaleza subsidiaria del tipo no aparece en la redacción del mismo.</p>
--	---	--

		9. Tampoco incluyen una definición penal de enriquecimiento ilícito.
		DIFERENCIAS
		<p>1. El tipo penal cubano da una especie de definición de enriquecimiento ilícito, o por lo menos expresa en qué puede consistir; mientras que el tipo penal salvadoreño no lo hace.</p> <p>2. En El Salvador la conducta ilícita está dirigida al incremento patrimonial injustificado del servidor</p>

		<p>público; por el contrario, en Cuba la conducta también abarca querer enriquecer a otro.</p> <p>3. La única pena principal que se impone en El Salvador por el delito de enriquecimiento ilícito es la prisión; en Cuba, se aplica además la multa.</p> <p>4. En Cuba se permite también la aplicación conjunta de las dos penas principales: la prisión y la multa; a diferencia de El Salvador en donde nada más se puede imponer la prisión.</p>
--	--	---

		<p>5. La pena accesoria que se aplica en El Salvador es la inhabilitación especial; en Cuba, es la confiscación de bienes.</p> <p>6. En el tipo penal cubano aparece expresamente estipulada la naturaleza subsidiaria del delito al expresar <i>“siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.”</i></p>
--	--	---

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	PUERTO RICO	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>Art. 200 Pn. Será sancionado con pena de reclusión por un término máximo de seis meses o multa máxima de quinientos dólares o ambas penas a discreción del tribunal, el funcionario o empleado público que para obtener lucro económico personal o de un tercero utilizare información o datos que sólo hubiera podido conocer con motivo del ejercicio de su cargo o de sus funciones, deberes o encomienda.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo del delito es el servidor público. 2. El sujeto pasivo es el Estado. 3. El delito debe producirse en razón del ejercicio del cargo o de las funciones. 4. El bien jurídico tutelado es la Administración Pública; se protege el normal desempeño de la función pública. 5. La conducta típica es aumentar el patrimonio

<p>del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>		<p>injustificadamente.</p> <p>6. La cuantía del aumento patrimonial es irrelevante.</p> <p>7. La naturaleza subsidiaria del tipo no aparece en la redacción del mismo.</p> <p>8. No estipulan una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p>
		<p>DIFERENCIAS</p>
		<p>1. El tipo penal puertorriqueño permite la posibilidad de aplicación de la multa como la pena principal del delito; en</p>

		<p>cambio, el tipo penal salvadoreño sólo incluye la prisión.</p> <p>2. En Puerto Rico es posible la imposición conjunta de las dos penas principales que estipula el tipo; por el contrario, en El Salvador, nada más puede ser la pena de prisión.</p> <p>3. En Puerto Rico, la conducta ilícita del servidor puede estar dirigida a obtener un provecho personal, como también a enriquecer a otra persona. En</p>
--	--	---

		<p>cambio, en El Salvador, la única conducta que se regula es la del servidor público que se quiera enriquecer a sí mismo.</p> <p>4. El tipo penal puertorriqueño determina que los medios para cometer el ilícito son utilizar información o datos a los que el servidor público tiene acceso por razón de su cargo; mientras que en El Salvador no se determinan los medios para la comisión del delito.</p>
--	--	--

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	COLOMBIA	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p>	<p>Art. 412 Pn. El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo es el servidor público. 2. El sujeto sobre quien recae la acción es el Estado. 3. La conducta típica es obtener un incremento patrimonial no justificado. 4. El enriquecimiento debe producirse en razón del cargo. 5. El enriquecimiento ilícito puede producirse por cualquier medio. 6. Ambas normas protegen la

<p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>	<p>sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.</p>	<p>Administración Pública.</p> <p>7. No contienen una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p> <p>8. El monto del enriquecimiento ilícito es irrelevante.</p> <p>9. Se refieren a la inhabilitación especial como una pena accesoría.</p>
		<p style="text-align: center;">DIFERENCIAS</p> <p>1. En el tipo penal colombiano, la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento ilícito aparece expresamente estipulada en la configuración del tipo al expresar <i>“siempre que el hecho no</i></p>

		<p><i>constituya otro delito</i>”; mientras que en el tipo penal salvadoreño, la subsidiariedad debe inferirse.</p> <p>2. En el tipo colombiano, la prescripción es de dos años y aparece expresamente mencionada en el Art. 412 Pn.; por el contrario, el tipo penal salvadoreño la regula en la Constitución de la República y es de 10 años.</p> <p>3. El Art. 333 no menciona la multa como una pena principal a imponer por el enriquecimiento ilícito; mientras que el Art. 412 del Código</p>
--	--	--

		<p>Penal de Colombia, sí la fija.</p> <p>4. El tipo colombiano no se refiere a las actividades de complicidad del particular para disimular el incremento patrimonial injustificado; el tipo salvadoreño sí lo regula.</p> <p>5. En El Salvador, la pena de prisión está expresada en años; mientras que en Colombia está en meses.</p>
--	--	---

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	PERÚ	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>Art. 401 Pn. El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriqueciere ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Sólo el servidor público puede ser sujeto activo de este delito. 2. El sujeto pasivo es el Estado. 3. La conducta típica es obtener incremento patrimonial injustificado. 4. Se protege la Administración Pública. 5. El enriquecimiento debe producirse en razón del cargo. 6. El aumento patrimonial puede producirse por cualquier medio.

del cargo o empleo por el mismo tiempo.		<p>7. Tampoco contiene una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p> <p>8. La cuantía del incremento patrimonial es irrelevante.</p> <p>9. No incluyen una definición penal de enriquecimiento ilícito.</p>
		DIFERENCIAS
		<p>1. El tipo penal salvadoreño toma en cuenta las actividades de participación del particular que utiliza el servidor público para disimular el incremento patrimonial; mientras que el tipo penal peruano no incluye su</p>

		<p>complicidad.</p> <p>2. El Art. 333 Pn. impone además de la pena principal, la pena accesoria de inhabilitación. Por el contrario, el Art. 401 Pn. no la menciona, aunque ha de inferirse la completa imposibilidad de continuar habilitado para ejercer la función pública durante la purga de la pena.</p>
--	--	--

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	ECUADOR	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>(Art. 296. 1 Pn.) Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo del delito es siempre un servidor público. 2. El sujeto pasivo es el Estado. 3. El enriquecimiento ilícito debe producirse con ocasión del cargo o de las funciones. 4. La conducta prohibida es obtener aumento del patrimonio de forma injustificada. 5. El bien jurídico protegido es la Administración Pública.

<p>del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>	<p>(Art. 296. 2 Pn.) El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.</p> <p>(Art. 296. 3 Pn.) Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad</p>	<p>6. El enriquecimiento ilícito se puede producir por cualquier medio.</p> <p>7. La cuantía del enriquecimiento es irrelevante para la tipificación de la conducta.</p> <p>8. La única pena principal que imponen es la prisión.</p>
--	--	---

	Social.	
		DIFERENCIAS
		<ol style="list-style-type: none">1. El tipo penal ecuatoriano ofrece una definición de enriquecimiento ilícito a efectos penales.2. En Ecuador la pena accesoria que se impone es la restitución, y la cuantía es el duplo del enriquecimiento ilícito. En El Salvador la restitución se encuentra estipulada en la Constitución de la República.3. El tipo ecuatoriano determina

		<p>expresamente la naturaleza subsidiaria del delito cuando manifiesta “<i>siempre que el hecho no constituya otro delito</i>”; el tipo salvadoreño no lo hace.</p> <p>4. En Ecuador se hace una especificación de la conducta ilícita de ciertos funcionarios; en El Salvador no hay distingo alguno de funcionarios públicos.</p>
--	--	---

PAÍS/ TIPO		SEMEJANZAS
EL SALVADOR	ARGENTINA	
<p>Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.</p> <p>En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.</p> <p>En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio</p>	<p>Art. 268/2 Pn. Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El sujeto activo del delito es el servidor público porque es el único que puede lesionar la Administración Pública. 2. El sujeto pasivo del delito es el Estado. 3. El incremento patrimonial ha de producirse en razón del cargo o el ejercicio de la función pública. 4. La conducta típica es obtener un aumento patrimonial de manera injustificada.

<p>del cargo o empleo por el mismo tiempo.</p>	<p>y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.</p> <p>Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.</p> <p>La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.</p>	<p>5. El enriquecimiento ilícito puede producirse por cualquier medio.</p> <p>6. El bien jurídico protegido es la Administración Pública.</p> <p>7. Ambos incluyen las actividades de participación de la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial y recibe el mismo tratamiento punitivo que el autor del delito.</p>
--	--	--

		DIFERENCIAS
		<ol style="list-style-type: none"><li data-bbox="1249 508 1711 760">1. El tipo penal salvadoreño no impone la pena principal de la multa; en cambio, el tipo penal argentino sí la estipula.<li data-bbox="1249 800 1711 1352">2. En El Salvador sólo se aplica la inhabilitación especial por el tiempo de duración de la condena; a diferencia de Argentina en donde se impone una inhabilitación perpetua, nunca más podrá ese servidor condenado volver a optar a

		<p>ejercer la función pública.</p> <p>3. El tipo penal argentino incorpora una condición objetiva de procesabilidad y es que el servidor público tiene que ser “<i>debidamente requerido</i>”; el tipo penal salvadoreño no lo incorpora.</p> <p>4. En Argentina se exige que el incremento patrimonial sea apreciable; mientras que en El Salvador es irrelevante la cuantía del enriquecimiento.</p> <p>5. El tipo penal argentino estipula el</p>
--	--	--

		<p>plazo de la prescripción. En El Salvador el término está instituido en la Constitución de la República.</p> <p>6. El Art. 333 Pn. no ofrece ninguna definición penal de enriquecimiento ilícito; en cambio, en el Art. 268 (2) expresa qué se entiende por tal.</p>
--	--	--

2.3.2.- TRATADOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La corrupción es un problema común para todos los Estados, que año con año, ocasiona graves consecuencias sociales a nivel mundial. La comunidad internacional constituida en los diferentes organismos multi-regionales y mundiales, reunida en los distintos foros de discusión y debates no ha sido indiferente a este flagelo, y como respuesta ha creado instrumentos jurídicos internacionales para prevenir y combatir la corrupción.

Para los propósitos del estudio en cuestión, primordial atención merece, entre todos los instrumentos para tal fin, la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, es un instrumento jurídico internacional creado por los países del continente Americano en el marco de la Organización de Estados Americanos, fue firmada por 22 países en la ciudad de Caracas Venezuela el 29 de marzo de 1996 y entro en vigor en 1997 para todos los Estados partes que la suscribieron y ratificaron.

Según el artículo II, esta Convención tiene el propósito de “*Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción*”¹⁰³ además pretende promover, facilitar y regular en todos los Estados partes la coordinación en la lucha y prevención de la corrupción mediante la efectiva aplicación de las medidas tomadas para tal fin. Es una herramienta jurídica que pretende homogenizar entre todos los Estados partes del convenio, la lucha contra la corrupción.

Entre las medidas a través de las cuales se pretende evitar y castigar a los servidores públicos que realicen actos de corrupción se encuentran las de carácter preventivo y coercitivo, pertenecen a las medidas preventivas las establecidas en el artículo III, que tratan sobre la regulación de medidas de conductas de honradez y ética para los servidores públicos, instruir al personal de la administración pública sobre la responsabilidad de su cargo, declaraciones de ingresos y egresos de los funcionarios públicos, crear mecanismos para incentivar la participación ciudadana en la vigilancia del buen funcionamiento de la administración de los bienes del Estado, por mencionar algunas.

En cuanto a las medidas de carácter coercitivo, el Convenio manda a los Estados partes a tipificar las conductas reguladas en el artículo VI. Estas son; penalizar la conducta del servidor público que requiera dádiva u objeto de valor pecuniario a cambio

¹⁰³ Convención interamericana contra la corrupción. Pág. 1.

de cualquier acción u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, de la misma manera exige se castigue aquel servidor público que ofrezca u otorgue dádiva u objeto pecuniario a cambio de cualquier acción u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, también a quien con el propósito de obtener beneficio ilícito para un tercero o propio realice una acción u omisión y *“La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”*¹⁰⁴. Se incluye a esta la exigencia de regular el delito de enriquecimiento ilícito establecido en el artículo IX.

Efectivamente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción regula en el artículo IX, el enriquecimiento ilícito, textualmente establece *“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.*

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

¹⁰⁴ Ibid, pag 3.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan¹⁰⁵”.

El artículo IX de la Convención manda a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito según las Constituciones de los Estados partes y los principales fundamentos de sus ordenamientos jurídicos, esta salvaguardia fue producto de intensas negociaciones entre los representantes de los países participantes, dado que los Estados anglosajones, Jamaica y Estados Unidos, se oponían a la redacción de este artículo argumentando problemas de orden constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Al final se incorporo en la primera parte la mencionada condición, que en lo fundamental mantuvo la redacción propuesta por Argentina.

Lo más relevante es que con este instrumento jurídico el delito de enriquecimiento ilícito alcanza un ámbito normativo internacional muy importante, mediante la obligada creación de este tipo penal en todas las legislaciones de los Estados partes, en la legislación salvadoreña, no obstante, este delito tiene ya una larga tradición desde el código penal de 1973, otro consecuencia relevante es la coordinación de políticas criminales entre los Estados suscriptores para prevenir y penalizar la corrupción. También es muy importante tomar en cuenta la prohibición intrínseca que se

¹⁰⁵ Ibid, pag 4.

deduce del análisis del artículo IX sobre la no despenalización de esta conducta, por más ineficaz que las autoridades encargadas de perseguir el ilícito lo hayan vuelto.

LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción es un esfuerzo por cerrar filas contra la corrupción, reconocido por la ONU en la resolución 55/65 del 4 de diciembre de 2000.

Las Naciones Unidas dispuso en la resolución 55/260 del 9 de abril de 2002 crear el comité especial para elaborar el borrador de la convención, el que se terminó el primero de octubre y fue aceptado el 31 del mismo mes y año.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción tiene la finalidad promover, fortalecer la obligación de rendición de cuentas de los funcionarios públicos, de la debida gestión de la administración del Estado, apoyar la cooperación internacional y combatir la corrupción.

Entre las medidas de prevención la Convención establece en el ámbito de la administración pública incluir procedimientos adecuados para la selección de servidores públicos, promover programas de capacitación para un buen desempeño acorde con la finalidad de esta convención entre otros regulados en el artículo 7, establecimiento de códigos de ética, principios fundamentales para la contratación mediante licitaciones, acceso a la información de la gestión pública. En cuanto al Órgano Judicial con respeto a

su independencia y sus principios la adopción de medidas para reforzar el combate a la corrupción al interior de las instituciones que lo conforma, entre otras.

Esta convención regula en el artículo 20 la obligación para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, textualmente se escribe “*Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.*”¹⁰⁶

Literalmente no hay diferencias importantes respecto a la redacción del artículo IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción que regula el enriquecimiento ilícito, la diferencia que destaca es sobre el alcance Universal que este instrumento otorga al delito en cuestión, siendo que todos los países miembros de la ONU que suscriban y ratifiquen el convenio se obligan a crear en sus sistemas jurídicos el tipo penal de enriquecimiento ilícito, además del alcance de todas las herramientas que pone a disposición la Convención Contra la Corrupción de las Naciones Unidas en la prevención y el castigo a la corrupción.

¹⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción, pag. 13.

2.3.3.- LEYES ADMINISTRATIVAS VINCULADAS CON EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El incremento patrimonial injustificado es una conducta de los servidores públicos regulada tanto por leyes penales, tratados internacionales y por leyes administrativas. En ese sentido es importante conocer su contenido y su eficacia cuando son debidamente aplicadas.

Como el enriquecimiento ilícito se produce en instituciones estatales, las leyes administrativas son controles que regulan su órbita de acción, funciones, equilibrios, competencias, mecanismos de vigilancia y responsabilidades.

En el ordenamiento jurídico, las leyes administrativas (al igual que cualquier otra ley secundaria) están por debajo de la Constitución, sin embargo, su necesidad e importancia radican en que desarrollan los preceptos de la norma fundamental. Significa, entonces, que el contenido material de una de estas leyes es el reflejo de lo instituido por aquélla.

Las leyes administrativas relacionadas con el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos son las siguientes:

Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos

Data de 1959. El título de la ley parece limitar su contenido sólo a los funcionarios y a los empleados públicos; mientras que el Art. 333 del Código Penal

incluye como autor del delito también a la autoridad pública. Sobre ello, se debe concluir que no existe pugna alguna porque el Art. 39 Pn. se refiere a ella como a funcionarios del Estado, por lo cual quedan igualmente sujetos a ley.

Uno de los principales mecanismos de control que determina esta ley es la obligación de rendir declaración jurada patrimonial a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Probidad. Luego de haber tomado posesión del cargo, el servidor público tiene sesenta días para cumplir con la exigencia. Igual término tiene para rendir nueva declaración cuando cesa en el ejercicio de sus funciones, con lo cual se pretende hacer un balance entre el patrimonio inicial y el final y que posibilitará detectar incrementos mal habidos o desproporcionados en razón de su salario.

El contenido de la declaración patrimonial de los servidores públicos es una relación y estimación de sus bienes y los créditos a su favor o en su contra; de los bienes o los créditos a favor o en contra de sus cónyuges o sus hijos y de los salarios devengados, rentas obtenidas particularmente y de su procedencia, acciones y participaciones sociales propias y de sus parientes.

El Art. 7 es de los más destacados porque proporciona una definición de enriquecimiento *ilícito*. Tal disposición expresa que *“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.

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta:

1o.- Sus condiciones personales;

2o.- La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios;

3o.- La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento”.

El Art. 10 estatuye la facultad de denuncia popular. Todo ciudadano tiene el derecho de acudir ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia a denunciar a cualquier servidor público que se estuviere enriqueciendo ilícitamente en perjuicio de la Hacienda Pública o Municipal, siempre y cuando tenga pruebas de ello.

Las sanciones que puede imponer la Sección de Probidad por violación a la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos son la multa (la cual debe ser adecuada a las condiciones económicas presentes de los servidores públicos porque la cuantía es muy baja, y debería optarse la fórmula del salario diario vigente

para imponerla por autorrenovarse en el tiempo), cesación en el ejercicio del cargo por no declarar en forma legal el estado del patrimonio y la restitución al Estado o al Municipio de todo lo que hubieren adquirido ilegalmente.

Aunque el contenido de la ley parece ser relativamente adecuado (no descartando la posibilidad de ser susceptible de notables mejoras); los registros demuestran que en sus casi cincuenta años de vigencia nunca ha sido aplicada a ningún servidor público, situación que crea un mal precedente dado que los niveles de corrupción en El Salvador son muy altos.

En septiembre del año 2005 se conoció la noticia de restarle a la Sección de Probidad la facultad para pedirle a los bancos los informes y los estados de cuentas de los funcionarios públicos. La iniciativa fue promovida por los bancos Cuscatlán, Salvadoreño y Agrícola; y vale decir que una de las personalidades más interesadas en quitarle esta función a la Sección fue la Lic. María Eugenia Brizuela de Ávila, presidenta en aquel entonces del Banco Salvadoreño, y quien aparecía señalada en un informe de la Sección de Probidad junto a otros funcionarios del Presidente de la República Francisco Flores; el informe también lo señalaba a él y a su esposa. Con los votos de diez magistrados de la Corte Suprema de Justicia se avaló la petición, y ahora es la Corte en pleno el órgano encargado de solicitar los estados de cuenta de los servidores públicos, aún cuando según la Ley de Enriquecimiento Ilícito, la potestad pertenecía a la Sección de Probidad.

Ley de la Corte de Cuentas de la República

Está vigente desde el año 1995. La Corte de Cuentas es una institución con funciones jurisdiccionales que tiene como misión constitucional la “*fiscalización de la Hacienda Pública*”, y que está directamente vinculada con el enriquecimiento ilícito porque una adecuada contraloría permite detectar tempranamente las erogaciones ilegítimas de caudales públicos.

Aunque el control que practica es externo, posterior de la gestión pública, también puede realizar actividades preventivas a solicitud del organismo fiscalizado, del superior jerárquico de éste o de oficio cuando lo considere necesario.

Instituye el Sistema Nacional de Control y Auditoría de la Gestión Pública, y es a través de su aplicación que la Corte de Cuentas cumple con su misión constitucional.

Ley de Ética Gubernamental

Es de creación muy reciente; data del año 2006. De acuerdo al Art. 1 el objeto es “*normar y promover el desempeño ético en la función pública; salvaguardar el patrimonio del Estado, prevenir, detectar y sancionar la corrupción de los servidores públicos, que utilicen los cargos o empleos para enriquecerse ilícitamente o cometer otros actos de corrupción*”.

Proporciona diversidad de definiciones, y entiende por enriquecimiento ilícito el *“aumento del capital de un funcionario o servidor público o de su grupo familiar, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que 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 causa justa”*. Es una definición bastante completa y que incluye aspectos novedosos, como por ejemplo delimitar hasta qué grado de parentesco puede presumirse el enriquecimiento ilícito; su fundamento es que son el grupo de personas más cercanas al servidor público y por lo tanto son quienes podrían resultar beneficiados si éste realiza la conducta ilícita.

Señala también la ley, los principios rectores de las normas éticas. Entre estos se destacan la probidad, porque todo servidor público debe actuar con honradez, integridad y rectitud; la transparencia, la función pública debe estar apegada a la ley; la eficiencia y la eficacia para cumplir los programas y tareas propias del cargo y lograr los objetivos al menor costo para la sociedad y la institución; y la rendición de cuentas ante la autoridad competente y el público.

Los deberes éticos que impone son el de conocer las normas que le son aplicables en razón del cargo; deber de cumplimiento; de eficiencia y de presentar la declaración jurada de patrimonio.

Esta ley crea el Tribunal de Ética Gubernamental como un cuerpo colegiado encargado de aplicar la ley. Está integrado por cinco miembros propietarios: uno electo por la Asamblea Legislativa, otro designado por el Presidente de la República, otro electo por la Corte Suprema de Justicia, otro designado por el Presidente de la Corte de Cuentas de la República y otro electo por los titulares del Ministerio Público; durarán cinco años en el cargo y pudiendo ser reelectos.

El procedimiento para la aplicación de las sanciones que determina la ley inicia con la denuncia, la cual puede ser interpuesta por cualquier ciudadano.

Con respecto a la imposición de sanciones, éstas pueden consistir en amonestación escrita, multas, despido sin responsabilidad y suspensión del cargo.

La ley igualmente se estatuye la participación ciudadana en el control de la ética pública, tanto como un derecho y como un imperativo moral.

DECRETOS

Normas Éticas para la Función Pública

Es un Decreto Ejecutivo que data del 25 de octubre del año 2005 que tiene por objeto establecer las prohibiciones, impedimentos e incompatibilidades para los servidores públicos que se desempeñan en el Órgano Ejecutivo. Asimismo, tiene por

objeto establecer principios éticos rectores a los que deberán sujetarse en sus actuaciones y responsabilidades.

El Art. 3 señala cuáles son los principios éticos que deben cumplir los servidores del Ejecutivo, y son los siguientes:

- a) Integridad. El servidor público deberá ejercer su función con rectitud, sin excederse en las funciones que le corresponden, velando que sus actuaciones sean en beneficio del interés público.
- b) Imparcialidad. El servidor público deberá actuar con equidad, para que sus actuaciones inspiren la confianza en la sociedad.
- c) Honradez. El servidor público deberá ejercer sus funciones sabiendo aprovechar los recursos que administra con probidad, evitando todo provecho personal, obtenido por sí o por interpósita persona.
- d) Discreción. El servidor público está en la obligación de no difundir información que por su carácter especial pueda perjudicar la seguridad nacional.
- e) Responsabilidad. El servidor público deberá administrar cuidadosamente los recursos que estén a su cargo o a los que tuviere acceso.
- f) Decoro. El servidor público deberá actuar con respeto y consideración para con su persona y hacia los demás, evitando todo acto que menoscabe su honor.

g) Lealtad. El servidor público deberá tener permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones y obrar con fidelidad para con la institución a la que presta sus servicios; asimismo, deberá acatar las órdenes del superior jerárquico.

Las personas encargadas de velar por el estricto cumplimiento de cada uno de estos principios son los titulares de los diferentes ministerios porque, como se dijo antes, rigen a los servidores públicos del Órgano Ejecutivo.

Este Decreto también impone deberes a los servidores públicos, y entre ellos se destacan el servicio con eficiencia, la capacidad y diligencia, velar por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del interés general, cortesía y obediencia al superior jerárquico.

Igualmente, se refiere a la prevención a través de programas educativos sobre la probidad en la Administración Pública.

Decreto de Creación de la Comisión de Ética para la Función Pública

Data del 30 de noviembre del año 2005. Este Decreto crea la Comisión de Ética para la Función Pública que tendrá a su cargo formular propuestas de políticas y estrategias para prevenir el incumplimiento de los deberes éticos por parte de los servidores públicos; así como admitir denuncias cuando éstas sean en contra de los

titulares de las instituciones que conforman el Órgano Ejecutivo, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones éticos.

Los dictámenes e instrucciones emitidos por la Comisión son de obligatorio cumplimiento para quienes fueren sus destinatarios.

REGLAMENTOS

Código de Ética del Servidor de la Corte de Cuentas de la República

Data del 8 de marzo del año 2001. Este Código rige el comportamiento individual que deben observar los servidores de la Corte de Cuentas en el cumplimiento de sus obligaciones y en ejercicio de sus atribuciones, facultades y funciones, determinadas por la ley y demás normativas.

Los principios éticos que estatuye son la *lealtad institucional*, porque los servidores de la Corte de Cuentas deben cumplir su función en el ámbito determinado por la Constitución para su institución; *la honradez e integridad*, porque deben obrar con rectitud y sin esperar recibir ningún beneficio adicional a los establecidos legalmente; *conducta y disciplina*, deben actuar bajo principios morales y observando las buenas costumbres; *confidencialidad y reserva*, porque deben hacer una utilización prudente de la información; *responsabilidad*, porque están obligados a responder a la ciudadanía por las consecuencias de sus actos u omisiones; *probidad*, deben mantener una conducta

intachable en sus actuaciones; transparencia, porque sus actuaciones deben ser ejecutadas con estricto apego a la Constitución y a las leyes; objetividad, imparcialidad e independencia, sus actividades personales no deben afectar ni perjudicar el cumplimiento de la misión institucional; eficiencia, efectividad, eficacia, economía, equidad y excelencia, deben racionalizar el uso de los recursos en función de hacer más eficiente su labor para alcanzar los objetivos de la Corte; capacidad técnica, competencia y desempeño profesional, deben poseer y demostrar capacidad e idoneidad para desarrollar las funciones inherentes al cargo; conflicto de intereses, no deben anteponer preferencias de cualquier índole en el desempeño de sus labores; seguridad, confianza y credibilidad, deben ser irreprochables, no suscitar sospechas y ser dignos de respetos; interés público, deben dar prioridad al interés general; y la calidad del servicio, deben propender a producir mejoras continuas en las instituciones. En total, son catorce principios que están muy bien estructurados para desarrollar efectivamente las funciones de los servidores de la Corte de Cuentas de la República.

2.3.4.- JURISPRUDENCIA

Se entiende por jurisprudencia las reiteradas interpretaciones que de las normas jurídicas hacen los tribunales de justicia en sus resoluciones, y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado.

Esto significa que para conocer el contenido exacto de las normas vigentes hay que considerar cómo las mismas se vienen aplicando en cada momento. El estudio de las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es la mejor manera de conocer las evoluciones en la aplicación de las leyes, quizá con mayor certeza que el mero repaso de las distintas reformas del Derecho positivo que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente a pesar de su promulgación oficial.

En el Derecho anglosajón es una fuente de primera magnitud, debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones o sentencias judiciales mediante un estudio minucioso de los precedentes.

En el Derecho continental no es una fuente del Derecho, pero sí es un elemento muy importante a la hora de fundamentar, por ejemplo, las resoluciones de los recursos a los órganos judiciales más elevados, que son los encargados de uniformar la aplicación de las leyes por parte de los diversos y variados órganos judiciales de inferior rango.

En El Salvador no existe jurisprudencial del delito de enriquecimiento ilícito, ni por parte de los tribunales de sentencia ni por las Sala de lo Penal o de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. A nivel latinoamericano, sí ha sido aplicado a servidores públicos que se valieron del ejercicio de su cargo para incrementar su patrimonio de manera injustificada, tal es el caso de Costa Rica, en donde en el año 1999 se condenó por enriquecimiento ilícito a Allan Jiménez Cerdas y a Rigoberto Garita Sánchez como coautores responsables del delito cometido en perjuicio de los deberes de la función pública. Al primero se le condenó a siete meses de prisión; y al segundo, a seis meses. También se les condenó al pago de las costas procesales.

El 21 de mayo del año 2004, la justicia argentina condenó a 3 años de prisión por el delito de enriquecimiento ilícito a María Julia Alsogaray, una funcionaria del gobierno del presidente Carlos Menem. El Tribunal Federal Oral # 4, en un fallo unánime, consideró que la ex secretaria de Medio Ambiente no pudo comprobar cómo obtuvo, luego del ejercicio de la función pública, 500 mil dólares y 622 mil pesos. Se le obligó a devolver ese dinero, que en conjunto sumaban más de dos millones de pesos. Además, se le impuso la inhabilitación por seis años para ocupar cargos en la Administración Pública. La defensa de Alsogaray argumentó que el dinero provenía de tres fuentes: herencia familiar, fondos reservados y contratos en la actividad privada. Alsogaray declaró que 622 mil pesos fueron recaudados en concepto de fondos reservados durante su paso por el gobierno de Menem en virtud de una ley secreta de 1969; hubo testigos que ratificaron esos sobresueldos, incluso uno que habló de todo un sistema oficial de

reparto de plata negra a los funcionarios más fieles, pero ninguno precisó cuánto cobraba ella, ni durante qué períodos; tampoco hay comprobantes de esos pagos. Otros 500 mil dólares los obtuvo, según dijo, de un contrato con Astilleros Alianza, pero no pudo probar esos fondos tampoco. Y por último, justificó más de un millón de dólares de una herencia y de una sociedad de su padre.

2.3.5.- CONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO DE ENRIQUECIMIENTO

ILÍCITO

Desde la creación del tipo de enriquecimiento ilícito en los países latinoamericanos, han surgido corrientes en contraposición sobre su constitucionalidad, lo cual ha llevado a una prolongada discusión doctrinaria entre los que la defienden y quienes denuncian la violación de principios constitucionales; los puntos en discordia son la supuesta violación al principio de inocencia y el debido proceso.

Argumentos de inconstitucionalidad

Los argumentos de los doctrinarios nacionales que propugnan la inconstitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito expresan que *“desde el punto de vista de la presunción de inocencia del artículo 12 de la Constitución, hay que reputar este precepto inconstitucional, por consagrar un tipo de sospecha ya que, en realidad, puesto en relación con el artículo 240 de la Constitución, viene a invertir la carga de la prueba, obligando al sospechoso de haber incurrido en enriquecimiento injusto a probar el origen de su mejora de fortuna, lo que, en un régimen de garantías es inamisible”*¹⁰⁷.

A nivel internacional, en los países que han creado este tipo penal, también se genera esta discusión, por ejemplo en Argentina *“se ha sostenido que el tipo penal en cuestión vulnera garantías constitucionales como el debido proceso, la defensa en juicio*

¹⁰⁷ Francisco Moreno Carrasco. Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo II. Pág. 1091

y el estado de inocencia, en cuanto pone en cabeza del imputado la obligación procesal de probar el origen legal de su enriquecimiento, o cuando menos que su condición es extraña a la función desempeñada, con lo que la incriminación parte así de una presunción de culpabilidad”¹⁰⁸.

El enriquecimiento ilícito así expuesto por este sector de la doctrina, es inconstitucional, de manera específica se demuestra, al violentar el Principio de la Presunción de la Inocencia, al presumir el enriquecimiento ilícito cuando hay un incremento patrimonial que no es justificado por el servidor público.

También violenta el derecho al debido proceso al revertir la carga de la prueba. Además se desconoce el principio nemo tenetur, que se entiende como la prohibición de declarar contra sí mismo.

Consideran que el término "no justificado", es violatorio del derecho al debido proceso, toda vez que traslada la carga de la prueba a quien no le corresponde probar nada dentro del proceso penal, es decir, al sindicado, cuando es la Administración de Justicia quien debe adelantar toda actuación investigadora con su fuerza jurisdiccional para allegar a las actuaciones o a las indagaciones preliminares, los medios probatorios idóneos que de manera alguna lleven al investigador o juzgador a actuar conforme a derecho.

¹⁰⁸ Edgardo Alberto Dona. Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 382

El tipo penal de enriquecimiento ilícito “*se inscribe en la tendencia actual de dejar de lado garantías básicas con tal de poder alcanzar a los delitos, en una especie de guerra santa contra la delincuencia, e intentando, de esta manera, y con una actitud demagógica, aceptar lo que aparentemente pide la mayoría de la gente. En otras palabras, se pone en juego el Estado de Derecho, con el solo fin de alcanzar metas de política criminal.*”¹⁰⁹”

Argumentos de Constitucionalidad

Ante las críticas de inconstitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito han surgido argumentos que defienden su constitucionalidad basadas fundamentalmente en explicaciones que tienen como base la política criminal.

En ese sentido se ha dicho que “*un Estado tiene todo el derecho a pretender, por razones de transparencia administrativa, confianza pública y política criminal, que los funcionarios gubernamentales posean exclusivamente el patrimonio que pueden justificar mediante sus actividades lícitas*”.¹¹⁰ De manera que un Estado que castigue con una pena de prisión a los servidores públicos que no puedan justificar su patrimonio no viola ningún precepto constitucional, no contradice el principio de igualdad en el

¹⁰⁹ Ibid. Pág. 386

¹¹⁰ Carlos A. Manfroni. La Convención Interamericana contra la Corrupción. Analizada y Comentada. Pág. 142

proceso, puesto que sólo se reconoce en situaciones similares y los servidores están sometidos a mayores exigencias que los ciudadanos que no ostentan un cargo público o que no se encuentran laborando en la burocracia estatal, estos últimos tienen una especial moral que resguardar.

Se argumenta también que los servidores públicos tienen especiales obligaciones *“No se debe partir sólo del hecho del incremento patrimonial del funcionario, sino de la no justificación de tal enriquecimiento; así tampoco es admisible arrancar una presunción de ilicitud, si no que lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público cual es, justamente, el de justificar el aumento apreciable de su patrimonio dado a partir de la asunción del cargo o función pública”*¹¹¹. Esta posición también ha servido para manifestar por parte de algunos autores que no se violenta el principio de inocencia, puesto que se trata de un deber impuesto por la norma a los sujetos que por su labor o función tienen una especial obligación con el Estado y con la ciudadanía; se castiga por tanto el no cumplir con ese deber de justificar el patrimonio obtenido durante el ejercicio de sus funciones en razón del cargo que ostentan en la Administración Pública.

Otros autores, en este mismo sentido, argumentan que *“con la falta de justificación del incremento patrimonial, junto a la palpable realidad de un patrimonio surgido de la noche a la mañana, se tendrá la entidad probatoria para proferirse*

¹¹¹ Edgar Alberto Dona. Delitos contra la Administración Pública. Pág. 384

*sentencia en adversidad del servidor público enriquecido*¹¹²” y ello no vulnera el principio de inocencia.

El equipo investigador se adhiere a la posición que estima que es un tipo constitucional. En primer término debe señalarse que el enriquecimiento ilícito es una conducta delictiva a la cual se refiere expresamente la Constitución de la República y que, por tanto, demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal. Se trata, en efecto, de un delito que lesiona gravemente la Administración Pública y que el constituyente buscó preservar y defender, no sólo a través del precepto constitucional citado, sino de otros varios que se encuentran igualmente consagrados en la Constitución, por ejemplo el Art. 235.

En el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el incremento patrimonial es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento

¹¹² Francisco Moreno Carrasco. Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo II. Pág. 1092

desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal.

Se reputa de inconstitucional la expresión “no justificado”. Si esta locución se obviara del texto de la norma se transformaría en un absurdo jurídico, por cuanto elevaría a la categoría de delito, incluso la percepción del salario a que tiene derecho el servidor público por la retribución de su trabajo.

La expresión "no justificado" no vulnera los principios constitucionales del debido proceso. Al presentarse la conducta tipificada en la norma, el juez en el proceso de adecuación típica deberá determinar si el incremento patrimonial fue lícito o ilícito. De otra forma no se comprende cómo puede configurarse lo ilícito del delito. La justificación del enriquecimiento desvirtúa la tipicidad en la medida en que la no adecuación del ingrediente normativo hace la conducta totalmente legal y lícita.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba en forma alguna resulta invertida, en virtud a que la imputación sólo procede frente a la existencia de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho. La ley no prohíbe que el inculpado haga uso de su legítimo derecho de defensa y presente pruebas que desvirtúen que su enriquecimiento es producto de actividades ilícitas.

Ahora bien, frente a la afirmación de que la expresión “no justificado” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe señalarse que tal

afirmación se aparta por completo de la realidad, porque es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición. El artículo 240 inciso 4° de la Carta Magna señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos que “...están obligados a declarar el estado de su patrimonio...”, mandato que deben cumplir tanto al asumir el cargo como cuando cesan en el ejercicio del mismo.

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones, y con ello se pretende proteger la función pública. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente, pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

No es, entonces, la explicación que rinde el sindicado frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la

presunción de inocencia, se trata de una justificación de sus actos frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 12 de la Constitución, tenga la oportunidad de explicar su conducta.

El artículo 333 del Código Penal consagra, por consiguiente, un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución.

El delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos tiene un claro origen constitucional que se refleja en el interés que le asiste al Estado no sólo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración Pública.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1.- HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 Hipótesis Generales

- Estudiar el delito de enriquecimiento ilícito según el ordenamiento jurídico salvadoreño desde las perspectivas constitucional y de las leyes secundarias vinculadas con el problema objeto de la investigación.
- Examinar la figura del enriquecimiento ilícito para verificar su aplicabilidad y eficacia en el proceso penal.

Planteo de la Demostración

<p>Objetivo General 1: Estudiar el delito de enriquecimiento ilícito según el ordenamiento jurídico salvadoreño desde las perspectivas constitucional y de las leyes secundarias vinculadas con el problema objeto de la investigación.</p>					
<p>Hipótesis General 1: El enriquecimiento ilícito es un tipo penal cualificado que protege la administración pública, sin embargo su constitucionalidad es cuestionada por violentar los principios de presunción de inocencia y la carga de la prueba, lo cual genera diferentes interpretaciones e impunidad judicializada.</p>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>Enriquecimiento ilícito: Delito en el cual incurre quien siendo servidor público utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.</p>	<p>Enriquecimiento ilícito: incremento del patrimonio de un funcionario público con</p> <p>significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y</p> <p>que no pueda ser razonablemente justificado por él.</p>	<p>Enriquecimiento ilícito</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Servidor público 2. Administración Pública 3. Función pública 4. Corrupción 5. Aumento del patrimonio 6. Falta de justificación 7. Inmoralidad 	<p>Constitucionalidad cuestionada</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo penal 2. Constitucionalidad 3. Presunción de inocencia 4. Inversión de la carga de la prueba 5. Diferentes interpretaciones 6. Impunidad judicializada

Planteo de la Demostración

Objetivo General 2: Examinar la figura del enriquecimiento ilícito para verificar su aplicabilidad y eficacia en el proceso penal.					
Hipótesis General 2: El enriquecimiento ilícito es un tipo penal para sancionar el incremento patrimonial injustificado de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, a pesar de <u>ello no es aplicado debido a la falta de persecución penal, y por lo tanto resulta ser ineficiente para evitar la corrupción.</u>					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Enriquecimiento ilícito: Delito en el cual incurre quien siendo servidor público utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia	Enriquecimiento ilícito: incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él	Tipo penal para sancionar el incremento patrimonial injustificado de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones	1. Tipo penal 2. Incremento injustificado 3. Servidores públicos 4. Tipo penal 5. Sanción 6. Ejercicio de funciones	No es aplicado debido a la falta de persecución penal y por lo tanto es ineficiente para evitar la corrupción	1. Aplicación 2. Falta de persecución penal. 3. Ineficiente 4. Corrupción 5. Evitar

3.1.2 Hipótesis Específicas

- Determinar las causas que originan el delito de enriquecimiento ilícito.
- Identificar los motivos que impiden la aplicación efectiva de la figura de enriquecimiento ilícito.
- Analizar los procedimientos de investigación de la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la Republica en cuanto a la persecución de este delito.
- Elaborar una propuesta de reforma del artículo 333 del Código Penal que garantice una mayor eficacia mediante una persecución penal efectiva.

Planteo de la Demostración

Objetivo Específico 1: Determinar las causas que originan el delito de enriquecimiento ilícito.					
Hipótesis Específica 1: El enriquecimiento ilícito es un tipo penal no aplicado debido al desconocimiento del tipo penal y encubrimiento del ministerio público fiscal para perseguir efectivamente el delito.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Enriquecimiento ilícito: Delito en el cual incurre quien siendo servidor público utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia	Enriquecimiento ilícito: incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él	El Enriquecimiento ilícito es un tipo penal no aplicado.	<ul style="list-style-type: none"> • Impunidad • FGR • Sección de anticorrupción de la FGR • Incumplimiento de la protesta de ley • Estado de Derecho • Justicia 	<ul style="list-style-type: none"> • Desconocimiento del tipo penal. • En cubrimiento del ministerio público fiscal. • Persecución efectiva del delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Agentes auxiliares del Fiscal general. • Servidores públicos • Tráfico de influencias • PNC

Planteo de la Demostración

Objetivo Específico 2: Identificar los motivos que impiden la aplicación efectiva de la figura de enriquecimiento ilícito.					
Hipótesis Específica 2: El enriquecimiento ilícito es un conducta de los servidores públicos corruptos, y por tanto perjudicial a la Administración Pública, sin embargo, es una actitud ya socializada y culturizada que trae como consecuencia el retraso en el desarrollo económico y social.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
<p>1. Administración Pública:</p> <p>2. Corrupción: Es toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes a la función pública debido a consideraciones privadas, con objeto de obtener beneficios personales, en dinero o en posición social.</p>	<p>1. Administración Pública:</p> <p>2. Corrupción: Es una conducta que viola y socava las normas de un sistema de orden público estimado como indispensable para el mantenimiento de la democracia política.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El enriquecimiento ilícito es una conducta de los servidores públicos corruptos y por lo tanto perjudicial para la administración pública. 	<ul style="list-style-type: none"> • Servidores públicos • Corrupción • Conducta • Administración publica • Descapitalización de la hacienda publica • Desconfianza Institucional • Debilidad institucional • Desprestigio institucional 	<ul style="list-style-type: none"> • Actitud culturizada por la sociedad 	<ul style="list-style-type: none"> • Sociedad pasiva • Sometimiento • Reproducción • Actitud complaciente • Sociedad desesperanzada • Poca participación • Apatía ciudadana • <u>Retraso económico y social.</u>

Planteo de la Demostración

Objetivo Especifico 3: Analizar los procedimientos de investigación de la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República en cuanto a la persecución de este delito.					
Hipótesis Especifica 3: La adecuada persecución del enriquecimiento ilícito por las instituciones correspondientes, se fundamenta en la colaboración con la contraloría de la república, otras entidades del Estado y los organismos financieros privados con la Fiscalía General de la República, no obstante en la realidad la coordinación inter institucional no funciona por no existir una legislación efectiva que regule sus relaciones con el propósito de prevenir el delito dando como consecuencia investigaciones deficientes.					
Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Investigación: Enriquecimiento ilícito:	Investigación: Enriquecimiento ilícito.	La adecuada investigación del delito de enriquecimiento ilícito por las Instituciones correspondientes se fundamenta en la colaboración de la contraloría de la república contralores de la hacienda publica, otras entidades des Estado y organismos financieros privados con la Fiscalía General de la República	1. Adecuada persecución. 2. FGR 3. Instituciones financieras privadas. 4. ONG's de probidad. 5. Instituciones contraloras de la Hacienda Pública 6. Investigaciones deficientes	No obstante en la realidad la coordinación interinstitucional no funciona., por no existir una legislación efectiva que regule sus relaciones con el propósito de prevenir el delito dando como consecuencia investigaciones deficientes.	1. Coordinación interinstitucional 2. FGR 3. PNC 4. Sociedad civil 5. Corte de Cuentas de la República 6. Dirección General de Aduanas 7. CNR

Planteo de la Demostración

- **Objetivo Especifico 4:** Elaborar una propuesta de reforma del artículo 333 del Código Penal que garantice una mayor eficacia mediante una persecución penal efectiva.
- **Hipótesis Especifica 4:** La actual legislación penal sobre el enriquecimiento ilícito esta vigente desde mil novecientos noventa y ocho, ha diez años de su promulgación se vuelve necesaria actualizarla sobre los avances que ha tenido este tipo en el derecho comparado con el propósito de prevenir el delito y hacer una regulación más amplia sobre la conducta típica.

Definición Conceptual	Definición Operacional	Variable Independiente	Indicadores	Variable Dependiente	Indicadores
Legislación Penal. Derecho comparado:	Legislación Penal: Derecho Comparado:	La actual legislación penal sobre el delito de enriquecimiento ilícito está vigente desde 1998	1. Código Penal 2. Año 1998 3. Promulgación 4. Avances 5. Derecho Comparado 6. Reforma	Necesidad de actualización respecto al Derecho Comparado para volverla más efectiva	1. Necesidad 2. Actualización 3. Efectiva 4. Prevención 5. Regulación más amplia 6. Delito

3.2.- MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Método Científico

Se define *“como un procedimiento para descubrir las condiciones en que se presentan sucesos específicos, caracterizado generalmente por ser tentativo, verificable, de razonamiento riguroso y de observación empírica.”*¹¹³ El uso de este método se justifica en cuanto a que es un instrumento metodológico muy útil para llegar al conocimiento de la verdad.

También se empleará el método analítico. El análisis es la descomposición de un todo en sus elementos; es observar sus características a través de una desintegración de las partes que integran su estructura; hallar los principios y relaciones, las dependencias que existen en un todo.

Es necesario utilizar este método porque permite comprender la dimensión del problema objeto de estudio.

Finalmente, se aplicará la síntesis. De acuerdo a Tamayo Tamayo se define como el *“método que procede de lo simple a lo complejo, de las causas a los efectos, de la parte al todo”*.¹¹⁴

¹¹³ Mario, Tamayo Tamayo El proceso de la investigación científica Pág. 26

¹¹⁴ Mario Tamayo Tamayo. Diccionario de la Investigación Científica. Pág. 135

La justificación para auxiliarse de este método es que permite llegar a la formulación de consideraciones finales que representan la esencia del problema que se ha sometido a investigación.

Valorando las dificultades que se presentan al estudiar el delito de enriquecimiento ilícito, planteándolas en forma de hipótesis orientadas a una explicación universal, para que pueda obtenerse una comprobación del delito que se está investigando, siguiendo una ordenación que se forma desde la enunciación del problema, definición de los objetivos, marco teórico, planteamiento de las hipótesis; conclusiones, recomendaciones y propuestas a la investigación.

3.2.1.- Naturaleza de la Investigación

El delito de Enriquecimiento Ilícito trata de dificultades no solo de carácter jurídico sino también económico-social, por que se planean problemas como la corrección que afecta el patrimonio del estado y la consolidación de obras en beneficio social, por esa razón requiere de un estudio extenso y de resolución práctica por lo que se debe utilizar la investigación descriptiva y analítica.

3.3.- INDICADORES DE LA INVESTIGACIÓN

Se denomina indicador a la definición que se hace en términos de variable empírica de las variables teóricas contenidas en una hipótesis. Constituyen las subdimensiones de las variables.

a) Investigación Teórica-Descriptiva

La investigación descriptiva se define como aquella que comprende el registro, análisis e interpretación de naturaleza actual, composición y dominantes en una persona, grupo o cosa trabajando sobre realidades de hecho y sus características fundamentales.

Tiene como objetivo conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes mediante la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas.

b) Investigación Práctica-Analítica

Permite la utilización de métodos de validez, admitiendo la separación de un texto, las inferencias específicas, relativas a obras, estados o propiedades de su fuente. Hay una relación entre la teoría y la práctica; se relaciona el proceso y la gama de instituciones.

Con el objeto de obtener elementos que proporcionen información en relación al delito enriquecimiento ilícito por medio de la investigación, se expresará el tema de

acuerdo a la información actual que proviene de documentos y fuentes que tienen una relación directa con el problema objeto de estudio; el propósito es verificar la trascendencia de la conducta de obtener un patrimonio de forma injustificada del servicio público.

Por medio de la investigación realizada y los resultados derivados se comprueba la veracidad de los datos desarrollados en la teoría e igualmente permitirá la ratificación de las hipótesis que están dirigidas a expresar una situación que afecta a la población y a cuestionar el escenario jurídico expresado en los textos legales.

3.4.- UNIVERSO Y CÁLCULO DE LA MUESTRA

a) Universo: Es el conjunto de individuos o elementos sometidos a estudio estadístico. Es la totalidad de elementos o fenómenos que conforman el ámbito de un estudio o investigación.

b) Población: Es la totalidad del fenómeno a estudiar en donde las unidades de la población poseen una característica común, la cual se estudia y da origen a los datos de investigación y sus valores son conocidos como parámetros. Es un grupo de entidades, personas o elementos cuya situación se está investigando.

c) Muestra: Es el conjunto de operaciones que se realizan para estudiar la distribución de determinados caracteres, en la totalidad de una población, universo o colectivo, partiendo de la observación de una fracción de la población considerada; es una reducida parte de un todo de la cual se sirve para describir las principales características de aquél. En la investigación el tipo de muestra a utilizar es la selectiva, ésta es esencial en los diseños de investigación en donde se pretende hacer estimaciones de variables en la población, las que se utilizarán como pruebas estadísticas para el análisis de datos cuando se presupone que la muestra es probabilística, donde todos los elementos de la población tienen una mínima probabilidad de ser elegidos.

d) Datos: Son los hechos y principios indiscutibles que sirven de punto de partida en una investigación experimental; son el producto del registro de una respuesta.

e) Fórmula: Es un medio práctico propuesto para resolver un asunto controvertido o ejecutar una cosa difícil, resultado de tipo general expresado por medio de símbolos matemáticos. Es un enunciado claro y preciso de un hecho, estructura, principio, relación o método aceptado convencionalmente o que se pretende que se pretende hacerse aceptar como establecido.

f) Unidades de Análisis: Es la técnica utilizada para descubrir fenómenos de comunicación complejos de manera que exista una posibilidad de evaluación, luego de haber construido instrumentos de evaluación especiales con el objeto de describir objetiva, sistemática y cuantitativamente el contenido manifiesto de la investigación.

g) Interpretación de Resultados: Es la explicación de los datos, su significado a fin de establecer conclusiones acerca de los hechos estudiados implicando la explicación de si las hipótesis de que se partió y que dio lugar a la estadística se cumplió o no y en qué medida.

h) Gráfico: Es la representación de dos o más variables mediante líneas curvas o quebradas. Representación visual de datos estadísticos.

i) Tendencia Estadística: Es la característica de ciertos acontecimientos, hechos o datos de cualquier índole por lo cual muestran una línea definida o dirección de progresión, o un acercamiento a algún punto que los fenómenos o datos observados no pueden lograr.

j) Hipótesis: Enunciado de una relación entre dos o más variables sujetas a una prueba empírica. Proposición enunciada para responder tentativamente a un problema.

k) Variable: Aspecto o dimensión de un fenómeno que tiene como característica la capacidad de asumir distintos valores. Símbolo al cual se le asignan valores o números.

FÓRMULA DE APLICACIÓN

Estimando que la investigación requiere de datos cuantitativos que serán de uso necesario para la obtención de la muestra, se utilizará la siguiente fórmula:

$$\text{Porcentaje} = \frac{\text{NC}}{\text{NTC}} \times 100$$

NTC

En donde:

NC = Número de casos

NTC = Número total de casos

Fórmula Complementaria: Para la elaboración de cuadros estadísticos y gráficas correspondientes se utilizará la fórmula:

$$\frac{\text{Fa}}{\text{NT}} = \text{Fr}$$

NT

En donde:

Fa= Frecuencia Absoluta

Fr= Frecuencia Relativa

Para obtener información que permita la comprobación de las hipótesis formuladas y así considerar las soluciones a proponer para la problemática del tema objeto de estudio se identifican las siguientes unidades de análisis:

UNIDAD DE ANÁLISIS	POBLACIÓN	MUESTRA	INSTRUMENTO
Especialistas en Derecho Penal	6	2	Entrevista no estructurada
Fiscales	6	2	Entrevista semi estructurada
Defensores Públicos	6	2	Entrevista semi estructurada
Defensores Privados	6	2	Entrevista semi estructurada
Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia	3	1	Entrevista semi abierta
Estudiantes de 3º, 4º y 5º año de C.C.J.J de la UES-FMO	150	50	Encuesta
Total	177	59	

3.5 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

*“Se puede llamar técnica a aquellos procedimientos específicos utilizados por una ciencia determinada”.*¹¹⁵ Son los medios correctos de ejecutar las operaciones de interés del área que se está estudiando.

Las técnicas a utilizar en la investigación se conforman por dos modalidades: documental y de campo, para que tenga el carácter científico es necesario el auxilio de la diversidad de bibliografía relacionada con el tema en objeto estudio, haciendo el uso de fuentes directa y meditas que traten del problema objeto de estudio, así como las opiniones que pueden proporcionar todas aquellas personas que poseen un conocimiento especializado relativo al delito de enriquecimiento Ilícito.

3.5.1 Técnicas de Investigación Documental o Bibliográfica

Se puede realizar de forma independiente o como parte de la investigación de campo. En ambos casos, busca conocer las contribuciones culturales o científicas del pasado. Se efectúa con el propósito de reunir informaciones y conocimientos previos sobre un problema para el cual se busca una respuesta sobre una hipótesis que se requiere experimentar.

En la investigación sobre el delito de enriquecimiento ilícito se ha realizado una recopilación de diversos documentos, dividiéndose en:

¹¹⁵ Santiago Zorrilla, et al. Metodología de la Investigación. Pág. 30

- **Fuentes Primarias:** son documentos principales que sirven de guía para fundamentar la investigación, considerando los siguientes: la Constitución de la República, Convenios y Tratados Internacionales, Código Penal, Manuales de Derecho Penal.
- **Fuentes Secundarias:** son compilaciones y listados de referencia publicados en un área de conocimientos en particular, de éstas se han tomado en consideración las siguientes: jurisprudencia y legislaciones extranjeras, libros de metodología e internet.

3.5.2 Técnicas de Investigación de Campo

Se realiza en el área de las ciencias sociales y psicológicas. Algunas de sus técnicas son igualmente utilizadas para la recolección de datos complementarios en otras áreas de las ciencias.

Las técnicas específicas de investigación de campo tienen como finalidad recoger y registrar de forma ordenada los datos relativos al tema escogido como objeto de estudio, equivalen por lo tanto, a instrumentos de observación controlada.

Entre las principales técnicas se destacan la entrevista, el cuestionario, el formulario, el test, etc.

3.5.3.- Instrumentos de Investigación

Para la presente investigación, se ha decidido hacer uso de las entrevistas no estructuradas, estructuradas y semi estructuradas, y de la encuesta.

Entrevista no Estructurada: Es una forma de obtener información que se diferencia de la conversación ocasional, porque ésta es provocada con una finalidad de información precisa a través del intercambio de opiniones. Presentándose difícilmente la cuantificación. Está será dirigida a jueces y conocedores del tema.

La pregunta puede ser modificada y adaptarse a las situaciones y características particulares del sujeto, el investigador puede seguir otras pautas al entrevistar.

Entrevista Estructurada: Es aquella que se hace de acuerdo con la estructura de la investigación y puede ser de orden rígido o flexible. Las rígidamente estructuradas son de orden formal y presentan un estilo idéntico del planteamiento de las preguntas y en igual orden a cada uno de los participantes. Son flexibles cuando conservan la estructura de la pregunta, pero su formulación obedece a las características del participante.

Se realiza a los sujetos que intervienen en el proceso investigativo del delito, como fiscales y defensores públicos.

Entrevista Semi Abierta. Es un instrumento de investigación que permite la espontaneidad de preguntas pero siempre siguiendo un patrón previamente determinado.

Encuesta: Es un instrumento de observación formado por una serie de preguntas formuladas y cuyas respuestas son anotadas por el empadronador. Es toda operación tendiente deliberadamente a obtener información, respecto de una o más variables a medir establecidas en un cuestionario; es una forma de recopilar información sobre una parte de la población denominada muestra y la información recogida podrá emplearse para un análisis cuantitativo con el fin de identificar y conocer la magnitud de los problemas que se supone se conocen en forma parcial e imprecisa.

La encuesta sobre enriquecimiento ilícito se dirigirá a estudiantes de cuarto y quinto año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad Multidisciplinaria Oriental de la Universidad de El Salvador, para efectos de indagar el grado de conocimiento que poseen sobre el tema en investigación.

PARTE II
INFORME DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS
RESULTADOS

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS

4.1.- MEDICIÓN EN LA DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS

4.1.1.- Resultados de la Entrevista No Estructurada

Entrevista No 1 dirigida a: Lic. Jaime López, coordinador de corrupción de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD).

Lugar: FESPAD

Fecha: 21 de noviembre de 2008

PREGUNTAS:

1.- ¿Considera que la presunción de enriquecimiento ilícito del artículo 240 inc. 2º de la Constitución violenta el Principio de Inocencia?

R//No creo que lo violente. Lo que ocurre con el enriquecimiento ilícito, al igual que con el lavado de activos, es que la prueba es indirecta, pero en todo caso a la persona acusada si se le condena es en base a evidencia y al debido proceso. Todo dinero tiene un origen y un funcionario desde que toma posesión de su cargo está advertido en que tiene que tener forma de demostrar cómo se ha enriquecido. Si, llegado el momento de un juicio, no puede demostrar que el origen del dinero es lícito entonces es ilícito y por tanto es evidencia válida para imponer un condena.

2.- *¿Considera que el tipo de enriquecimiento ilícito violenta el Principio de la Carga de la Prueba?*

R// En parte sí. Pero tiene que ver con los privilegios que una persona adquiere por el hecho de ser funcionario público. En delitos como el enriquecimiento ilícito, en especial ahora que se pueden hacer con más facilidad operaciones financieras transnacionales, la sociedad no tiene forma de probar cómo un funcionario que se haya enriquecido obtuvo el dinero. Lo que se puede demostrar es que se ha enriquecido y es el funcionario el que tiene que demostrar el origen de su dinero. Los funcionarios tienen que tener un nivel de protección de sus garantías menor al de los particulares, por el poder y los privilegios que adquieren por haber ocupado cargos públicos.

3.- *¿Existe la tentativa en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No tengo elementos para responder a esta pregunta.

4.- *¿Puede ser realizado en comisión por omisión el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No tengo elementos para responder a esta pregunta.

5.- *¿Admite causas de justificación el delito de enriquecimiento ilícito?*

R// Considero que no. No imagino casos prácticos en que pueda justificarse el enriquecimiento ilícito.

6.- *¿Se pueden aplicar las agravantes y atenuantes generales en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R// Sí. Como en los casos de corrupción por lo general son estructuras o grupos de funcionarios y empleados los que tuercen el sistema. Entonces hay algunos, los de menor jerarquía, que pueden plantear en su defensa haber sido sujetos de amenaza. Si ellos pueden probar tal cosa, entonces podría ser una atenuante. El agravante puede aplicarse en el caso de funcionarios que tienen por misión evitar por ejemplo que otros se enriquezcan ilícitamente o abusen de la sociedad.

7.- *¿Considera que puede presentarse algún concurso en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No tengo elementos para responder a esta pregunta.

8.- *¿Se puede aplicar la responsabilidad civil en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No estoy seguro, porque el delito de enriquecimiento ilícito es un recurso de ultima instancia, es porque no se pudieron probar otras formas de corrupción de forma de directa. En todo caso creo que tiene que haber una prerrogativa para quitarle al funcionario el dinero o los activos de los que pueda probar su origen lícito.

9.- *¿Puede tramitarse conjuntamente la jurisdicción administrativa y la penal en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No tengo elementos para responder a esta pregunta.

10.- *¿Cuál fue la razón por la que se le quitó a la Sección de Probidad la facultad de pedir los estados de cuenta de los servidores públicos investigados por enriquecimiento ilícito?*

R//Un tecnicismo. La Corte Suprema hizo una interpretación restringida sobre las facultades para pedir información referida a las declaraciones de patrimonio. Pero en la práctica eso implicó despojar de facultades a una oficina que ya era bastante limitada en lo que podía hacer para verificar el contenido de las declaraciones.

11.- ¿Considera que debe ser eliminado el secreto bancario en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito?

R// Definitivamente. Claro se tienen que mantener algunas prerrogativas, como por ejemplo la confidencialidad de las investigaciones administrativas sobre enriquecimiento ilícito, mientras no hay lugar a la formación de una causa.

12.- ¿Considera necesario reformar el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Sí. Por un lado hay que actualizarlo de acuerdo a las prácticas modernas del delito, en especial las vinculadas al lavado de activos. Por otra parte tiene que aclararse como se resuelve la investigación administrativa y de la Fiscalía, que es una condición fundamental para armar los casos. Tienen que eliminarse los obstáculos a la investigación, como el secreto bancario. Y también hay que pasar a un plano de cooperación internacional, para poder perseguir este delito en forma transnacional.

Entrevista No 2 dirigida a: Lic. Martín Martínez, asesor de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Lugar: Corte Suprema de Justicia

Fecha: 25 de noviembre de 2008

PREGUNTAS:

1.- ¿Considera que la presunción de enriquecimiento ilícito del artículo 240 inc. 2º de la Constitución violenta el Principio de Presunción de Inocencia? 2.- ¿Considera que el tipo de enriquecimiento ilícito viola el Principio de la Carga de la Prueba?

R// Para comenzar el delito de enriquecimiento ilícito no es una figura que sólo se encuentra en el Código Penal, también está en la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos, ley que data de 1950. En esa ley se desarrolla particularmente, pese a que es anterior a la vigencia de la Constitución de 1983, se desarrolla ciertos criterios para determinar más o menos qué se va entender cuando exista enriquecimiento ilícito, eso está en el Art. 7 de la Ley. Entonces ahí hay unos parámetros que complementa particularmente el problema con el enriquecimiento ilícito, y esto lo ha dicho la doctrina, es que hay una inversión de la carga de la prueba, es decir, la presunción de inocencia, esto es de lo que podemos denominar delitos de sospecha. Los delitos de sospecha son una variedad de delitos que no han sido muy investigados por la doctrina, -yo he estado pensando en la necesidad de realizar una tesis doctoral sobre los delitos de sospecha-, porque tienen una causa sustantiva y una causa procesal, contienen

una figura muy especial, causa sustantiva, porque son delitos donde el imputado tiene que comprobar que él no ha cometido el hecho y, en el aspecto procesal, se invierte la carga de la prueba porque él tiene que comprobar; nosotros en el Código Penal salvadoreño tenemos el enriquecimiento como un delito de sospecha... hay dos posiciones en la doctrina bien complicadas, algunas defendidas por la doctrina Argentina principalmente la defendida por Soler, que es la posición que sigo en este punto y algunos autores como Creus que consideran que sí hay violación al Principio de Inocencia en la medida que el imputado tiene que desvirtuar su culpabilidad. Yo soy del criterio que respecto al rol que desempeña el funcionario público, el servidor de las necesidades generales, aparte de que dentro de su función pública existe un deber de dar a conocer la función por ese especial rol de transparencia, no existe una violación a la presunción de inocencia porque el funcionario no está como un particular, como alguien que debe de alguna manera rendir cuenta como parte de su función, por eso Sebastián Soler es claro en decir que quien no quiere servir como un funcionario, que no lo haga, porque es uno de los deberes de ellos dar cuentas, entonces ésa es la razón por la cual se puede salvar esto de la presunción de inocencia, ésta es quizás la única razón y hay criterios mucho más con relación al cargo que con relación a la presunción de inocencia, por tanto la cuestión es muy polémica, porque todavía se sigue peleando pero la razón de Soler me parece justificable para que en este único caso se pueda invertir la presunción de inocencia y, por cierto, la Convención Interamericana contra la Corrupción realiza un cierto apartado sobre esto que obliga a los Estados de alguna

manera, aunque con estos problemas, tengan que regularla en los Códigos, pero esto acarrea una variedad de problemas. Por ejemplo, si el enriquecimiento ilícito debe ser entendido como un enriquecimiento debido a fondos que se originan de delitos contra la Administración Pública o debe ser relativo a cualquier tipo de delito, por ejemplo: un funcionario público que está recibiendo dinero que no necesariamente de un delito de concusión o negociaciones ilícitas, sino que de lavado de dinero o de droga, entonces habría que ver si el delito de enriquecimiento podría operar.

3.- ¿Existe la tentativa en el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Es bien difícil, yo diría que es un delito de mera actividad. La tentativa de un delito de enriquecimiento ilícito ya estaría regulada como negociaciones ilícitas, estarían regulada como cohecho, porque el enriquecimiento ilícito un delito de resultado, no es una conducta que pueda ser fraccionable para que exista tentativa, sino que es una figura que con el mero acto de enriquecimiento se consuma, es un delito de mera actividad; es cierto hay delitos de mera actividad que pueden tener tentativa porque con los actos tendientes a realizar la acumulación de patrimonio el delito se cumple, los actos tendientes a lograr el enriquecimiento quedarían ya dentro de otro tipo penal, puede ser cohecho, negociaciones ilícitas, particularmente con negociaciones ilícitas e enriquecimiento ilícito hay una línea que en este caso que es muy difícil de distinguir.

4.- ¿Puede ser realizado en comisión por omisión el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Esta pregunta está muy interesante... Vamos a ver si el delito puede ser realizado en comisión por omisión..., habría que ver si lo admite el verbo rector. Hay delitos que son de acción que generalmente el mismo Código establece una acción, pero habría que ver si en realidad pueden ser realizados. En algunos casos en estos delitos se fija la forma comisiva, por ejemplo en la malversación el funcionario que permite que otro lo haga o el peculado también obtuviere un incremento patrimonial no justificado, por lo que se ve la palabra obtuviere supone una conducta de carácter activo... parece un tanto difícil que pudiera darse en comisión por omisión (el enriquecimiento ilícito), claro el funcionario tiene una posición de garantía y el resultado sería que una persona por la función del funcionario una persona se enriqueciera pero esto parece más propio de la malversación pero no parece que enriquecimiento ilícito pueda ser una conducta de comisión por omisión porque supone un hacer, una manera, un obtener y ese obtener no puede ser cometido en comisión por omisión... parece que no. ¿Cómo por medio de una omisión voy a poder enriquecerme? (se pregunta a sí mismo el Lic. Martínez)...no, parece que es bastante difícil... Vamos a ver el otro caso en la misma medida que una persona es interpuesta para simular el incremento, este es el intraneus, parece que es muy difícil que se dé en comisión por omisión porque requiere de alguna manera conductas activas del funcionario, resulta impensable en que el garante, el funcionario omite y por esa omisión se vaya enriquecer, podría haber una omisión de un acto que

debería de cumplir pero ya sería otro tipo de delito, podría ser una malversación pero no, no parece posible la comisión por omisión.

5.- *¿Admite causas de justificación el delito de enriquecimiento ilícito?*

R//No, no admite legítima defensa, ni estados de necesidad, cumplimiento de un deber.

6.- *¿Se pueden aplicar las agravantes y atenuantes generales en el delito de enriquecimiento ilícito?*

R// Claro. Evidentemente pueden aplicarse las atenuantes del veintinueve y las agravantes del treinta, particularmente, recuerden que esas agravantes son genéricas. Nosotros tenemos un sistema de determinación de la pena semi rígido porque hay un límite mínimo y uno máximo, las circunstancias agravantes genéricas y atenuantes genéricas le permiten al juez... pueden ser perfectamente aplicables. Por ejemplo, habría que ver si se puede aplicar alguna, por ejemplo la del daño a la confianza pública no se podría aplicar la agravante porque contempla la conducta de ser funcionario Art. 333, entonces por principio de inherencia, porque es una agravante que ya forma parte de la acción típica no la podía aplicar el móvil de interés económico, éste es un claro delito que tiene que ver con el ánimo de lucro, entonces no se podía aplicar por el principio de

inherencia. Todas las agravantes han sido generadas para la aplicación de delitos para bienes jurídicos individuales, quizás lo que podríamos aplicar es la concurrencia de las agrupaciones ilícitas, ésta si cabría si no cabe el delito de asociación ilícita... Me pongo a pensar, por ejemplo, que actualmente las redes del crimen organizado a funcionarios, actualmente hay un caso de México del ASIDO que es un organismo de inteligencia policial que tiene mucha relación con la Embajada Americana donde varios funcionarios de alto nivel de esa organización anti criminal y antimafia le dieron una cantidad de dinero de no sé qué cartel era...creo que era el cartel de Sinaloa. Yo creo que los funcionarios de alguna manera estaban involucrados con una red de crimen organizado, por cierto, recibieron cheques que andaban y algunos llegaban a tener el patrimonio de ciento treinta mil dólares sólo en información.... Entonces aquí podemos encontrar una agravante que tiene que ver con colaboración con grupos organizados y que pueden dar lugar a enriquecimiento ilícito siempre y cuando no se logre comprobar la situación ilícita... casi por ahí sería... es que la mayor parte de la agravante tal y como están en el Código Penal salvadoreño son más para bienes jurídicos de carácter individual, entonces no se pueden aplicar, y yo soy del criterio de que un Código como el de nosotros no debiera ser así, hay tantas agravantes que utilizan unos términos muy normativos y que a un juez le cuesta entender lo que dice en lo mínimo y hay otros que resultan bastante contraproducentes como la alevosía, -y ésta supone que la víctima se encuentra en un estado total de indefensión y el autor del delito aprovecha las circunstancias para lograr de una mejor manera o más eficaz el cometimiento del hecho- pero díganme ustedes

¿cuándo un delincuente no va asegurar de mejor manera la ejecución? cualquier delincuente lo hace... tendría que ser un caballero medieval para que ataque de frente y no haya alevosía esas son de las situaciones que si habláramos de la creación de un nuevo Código Penal le quitaría casi la mitad de las circunstancias agravantes; el legislador salvadoreño utiliza mucho de esto de las agravantes genéricas y específicas y esto genera mucho problema

7.- ¿Considera que puede presentarse algún concurso en el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Hay varios, puede haber cohecho con enriquecimiento ilícito, peculado con enriquecimiento ilícito; “la estrella: negociaciones ilícitas con enriquecimiento ilícito”. Recuérdese que en las negociaciones ilícitas sólo es la búsqueda de acuerdos de transacciones, no es necesario que haya “pisto” de por medio todavía, si usted no logra comprobar las negociaciones ilícitas pero logra comprobar el enriquecimiento ilícito usted sólo va a procesar por enriquecimiento, esa es la cuestión, lo que pasa es que puede comprobar las negociaciones ilícitas y luego puede comprobarse que de ellas proviene el enriquecimiento. Yo siento que en este caso no habría ningún problema, son tipos totalmente distintos, la ratio de las negociaciones ilícitas es incidir en determinados acuerdos para favorecer a una de las partes, para favorecerse también personalmente, ahí ya se cumplió el tipo, y por medio de ello yo logro un enriquecimiento, ya estamos

hablando de otro tipo penal, a mi modo de ver por ahí va. Podrían caber los dos tipos penales, negociaciones ilícitas, puede haber por ejemplo si usted percibe una negociación ilícita en una licitación pero no se llega a nada, no hay un enriquecimiento ilícito pero sí hay negociaciones ilícitas, entonces perfectamente se pueden dar ambos tipos, aunque en la práctica, como le digo, cuando los fiscales ven que ya no pueden con las negociaciones ilícitas se van por el enriquecimiento ilícito.

8.- ¿Se puede aplicar la responsabilidad civil en el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Claro, perfectamente. Si dentro de ellas el funcionario tiene que reintegrar todo lo que de alguna manera ha percibido ilegítimamente es una cosa que se debe fijar de una manera el juez. Respecto a la responsabilidad civil recordemos que en este caso la responsabilidad civil supone reparaciones e indemnizaciones, entonces debe de restituirle al Estado todo lo que de alguna manera ha percibido; el comiso iría siempre dentro de la responsabilidad civil pero hay que distinguir instrumentos para la ejecución del delito, ejemplo vehículos que podrían haber sido utilizados... lo que pasa es que el legislador sólo ha distinguido a efectos de comiso entre qué son las ganancias Art. 126 y los instrumentos del delito que a la larga son lo mismo según la doctrina, ustedes miran las consecuencias jurídicas del delito de Serradillo Basoco y Orja Mapeliti verán que el comiso viene siendo a la larga estos dos elementos: la pérdida de las ganancias

adquiridas, en este caso los activos de las cuentas bancarias pero también serían los instrumentos del delito

9.- ¿Puede tramitarse conjuntamente la jurisdicción administrativa y la penal en el delito de enriquecimiento ilícito?

R// Esta cuestión es bien delicada porque supone la duplicidad de juzgamientos. Para empezar esta Ley de Enriquecimiento Ilícito que plantea un juzgamiento de carácter administrativo nunca ha sido aplicada, particularmente aquí debe seguirse este juicio ante la Cámara de lo Civil conforme al artículo 12. Esta Ley, en todos los años de vigencia nunca fue aplicada, los problemas quizás donde más se ven por ejemplo es en el procedimiento conforme a la Ley de Ética Gubernamental. Miren las posiciones son bien complicadas, hay dos posiciones, hay unos que dicen que el juicio administrativo debe ser suspendido para que haya un juicio penal, de las resultas del juicio penal perfectamente puede certificarse, se tira a la autoridad administrativa para el juzgamiento; esta sería la tesis más común o más dominante, la sede administrativa cede su conocimiento al juez penal para que lo siga. Sin embargo en El Salvador lo más correcto hubiera sido aplicar la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios primero y luego aplicar el juzgamiento penal, eso es lo que la Ley en realidad había señalado y, lo que ahora bueno se está haciendo es que la Sección de Probidad... está mandando las unidades para la Fiscalía, haber si la Fiscalía quiere tramitar los

expedientes, ahora la pregunta es, ¿simultáneamente pueden haber dos tipos de juzgamiento: juzgamiento penal y juzgamiento de carácter administrativo? Miren, yo soy del criterio de que podría haber, hasta cierto punto válido el doble juzgamiento y no violentaría el ne bis in idem por lo siguiente: la inadmisibilidad de múltiple persecución es una garantía constitucional y se da cuando concurren tres requisitos; idem res, idem persona, idem causa petendi. Misma persona, por los mismos hechos y el mismo fundamento de la imputación. En la jurisdicción administrativa o en sede administrativa (porque no es jurisdicción), la causa o el motivo es distinto, es la destitución de un funcionario y el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado con relación a sus subordinados, particularmente porque estos se encuentran en un régimen de posición especial, es decir, hay una relación de contratación laboral y por tanto la causa petendi, en el caso de el enriquecimiento ilícito de funcionarios, es la destitución y salvaguardar la transparencia de la Administración Pública, mientras que en lo penal es la determinación de un delito, son cosas totalmente distintas, entonces al ser la causa petendi totalmente distinta puede admitir doble juzgamiento, es una cuestión que todavía está en discusión. Para mi modo de ver es válida, pero para muchos consideran que existe una misma causa petendi y por ende lo que debe hacerse es prevalecer la jurisdicción penal, que haya una resolución penal y luego irse al Derecho Administrativo a que se dé juzgamiento, pero nadie, creo que está de acuerdo en que sólo porque ha habido una absolución o un sobreseimiento definitivo en materia penal, sólo por ese motivo no se va a seguir en sede administrativa, el fundamento es distinto, por tanto la

sede administrativa o de forma simultánea o de forma posterior tiene que conocer esto. Entonces de cualquier manera, como sea de manera simultánea o posterior, siempre la jurisdicción administrativa va a conocer, y esto se ha hecho bastante en materia de policía, porque los policías han sido investigados y juzgados por la jurisdicción penal, han sido sobreseídos definitivamente pero se ha dado la destitución en materia administrativa, entonces es válido que se pueda dar; la causa petendi es totalmente distinta.

10.- ¿Cuál fue la razón por la que se le quitó a la Sección de Probidad la facultad de pedir los estados de cuenta de los servidores públicos investigados por enriquecimiento ilícito?

R//El problema es bastante complicado porque hay una potestad de la Sección de Probidad de pedir informes a cualquier entidad pública o privada sobre el estado de la situación económica de algunas de personas que de conforme a esa Ley (de Enriquecimiento Ilícito) tienen que dar a conocer su situación económica. Hay un artículo de esta Ley que es el 27 que dice que le corresponde a la Sección de Probidad velar por el estricto cumplimiento y aplicación de la Ley; asimismo esta Sección estará en el deber de mantener actualizado todos los archivos de control de sujetos obligados con respecto a la Ley, para tales efectos tendrán potestad de solicitar los informes que fueren necesarios a cualquiera de las instituciones o personas a las que se refiere el 24 ó

25, quienes estarán en obligación de cumplir. Si ustedes notan, ésta es una potestad bastante autónoma que tiene la Sección de Probidad, lo que se sucede es que se pidieron informes al sistema bancario de cuentas de personas que estaban en el Gobierno de “Paquito Flores”, entonces la gente apoderada de los bancos mandó una nota a la Corte diciendo: “miren nosotros no tenemos porqué darle a una oficina estos informes sencillamente es parte del secreto bancario, sólo se lo vamos a dar si la Corte lo pide”, entonces hubo una decisión de carácter... (al parecer cambió el sentido de la explicación que daría) un acuerdo de Corte en el que se dijo que estos informes únicamente se pedirían si había aval de al menos de la mayoría simple de Magistrados, y ahí termina todo el dilema y todo lo que ha pasado. A mi modo de ver una interpretación que está en contra de lo que dice el 27, la potestad autónoma es de Probidad.... Esto es bastante peligroso. Yo siempre he dicho que es necesario fortalecer la Sección de Probidad y hacerla más autónoma, es una contraloría que tiene visos de poder ser muy importante pero si se le deja actuar por la manera correcta. Lo que se ha hecho ahorita es recortar sus funciones y esto de alguna manera afecta a la transparencia y el sentido de investigar la función pública; ésta es una cuestión de última instancia de poder la que se discute.

La función de Probidad no está atada a un acuerdo de Corte para pasar los casos de los informes a la FGR, porque ésta tiene facultad de pedir informes conforme al Código Procesal Penal; ya hay un proyecto de ley de fortalecer Probidad, el problema es que Probidad recibe los informes y los sube a la Corte para establecer los parámetros y que la admita la Fiscalía pero lo más correcto sería de ver a Probidad donde se reciban

informes, actividad de oficio para investigación y se pueda remitir a la Fiscalía, Fiscalía independiente que tenga que ver de delitos de carácter socio económico y de carácter público que afecten a todas las personas. Yo soy del criterio que debe de haber Fiscalía Anticorrupción, pero una Fiscalía que garantice al máximo la independencia y la imparcialidad, es cierto tienen que estar con un cierto grado de jerarquía que opera, pueden estar bajo ciertas órdenes superiores del Fiscal pero que su función sea independiente de cualquier ente político; se logra tener a instituciones como Probidad y Corte de Cuentas independientes y Fiscalías, el combate a la corrupción podría ser mejor, es una reforma muy estructural. El Ministerio Público es independiente pero la elección es política, de segundo grado; la partidocracia incluida la del Fiscal, es cómo vas a estructural al Ministerio Público, si lo vas a estructurar como la cola del Ejecutivo... si lo haces como en Costa Rica como dentro de Poder Judicial está habiendo un cierto grado de independencia, es por eso que fiscales como Dara Nese pudo haber procesado y juzgado a tres ex presidentes, este Dara Nece lo hace en Costa Rica porque tenía a todo el sistema judicial apoyándolo. También puede haber una estructura como se hace en Italia con Fiscalía regionales totalmente independientes, no funcionan como poder concentrado; el caso Manipulite es un caso muy interesante donde casi a media docena de funcionarios de Berlusconi los toparon, el éxito del combate a la corrupción en Italia en el caso Manipulite se debió a instancias fiscales bastantes autónomas e independientes, eso garantizó en alguna manera un combate muy eficaz; pero un combate muy estructurado, que venga de un ente muy politizado no te va

funcionar. El caso en Costa Rica como eligen ellos el Fiscal es que haya lo elige el Poder Judicial, el Ministerio de Medicina Legal es parte de Poder Judicial, ésa es la gran ventaja que tiene Costa Rica en relación a nosotros. Se dice que afecta a la independencia verdad, porque también los jueces...Medicina Legal está con ellos, sin embargo, ha garantizado en el caso de los tres ex presidentes verdaderos éxitos.

11.- ¿Considera que debe ser eliminado el secreto bancario en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito?

R// Es que ya está siendo eliminado en casi todos los ordenamientos. Pueden leer la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, esta última es de dos mil seis. Existe regulación específica para que el secreto bancario no pueda ser justificable ante investigaciones que tengan que ver con delitos, pero siempre y cuando se realice bajo presupuestos como la legalidad, la idoneidad; pero el secreto bancario ya es poco. ¿Se puede, en aplicación directa de las Convenciones contra la corrupción suscritas y ratificadas por el país anular el secreto bancario en la investigación del enriquecimiento ilícito? (pregunta un miembro del equipo investigador). Se puede perfectamente (responde el Lic. Martínez), la Fiscalía conforme al procesal penal tiene la obligación y la persona que no le dé esa información puede ser procesada por un delito, en este caso puede ser por un delito de desobediencia de particulares y puede ser procesado por eso.

12.- *¿Considera necesario reformar el delito de enriquecimiento ilícito?*

R// Mira, el problema del trescientos treinta y tres tal y como está, no le veo mucho problema en realidad; está bastante claro lo que significa. Quizá la utilización cuando dice el incremento patrimonial injustificado, de alguna manera eso nos remite, en este caso había que ver si es un tipo penal en blanco, nos remite a lo que es el artículo seis, siete de la Ley de Enriquecimiento Ilícito; se ha utilizado un término muy normativo dentro de la descripción... tal vez mayor claridad; quizá meter algunos elementos en el trescientos treinta y tres para una mejor redacción. De ahí sigue lo que cualquier código penal hace: establecer una pena de prisión y establecer una pena de inhabilitación que viene a ser una pena accesoria, pena de inhabilitación de la función o cargo público por el lapso que dure la condena, generalmente todos hacen eso. ¿Por qué la Constitución desarrolla la definición de enriquecimiento ilícito? Habría que preguntarse si en realidad era necesario que la Constitución desarrollara la definición de enriquecimiento ilícito, pero en algunos casos yo pienso que la Constitución quiso ser mucho más enfática... de todas maneras la disposición constitucional es una directriz muy importante para señalar de que la Constitución es bastante enfática en evitar todo tipo de corrupción, ha creado reglas muy claras que a mí me parecen que no dañan sino que sobreabundan y favorecen el combate a la corrupción y particularmente el enriquecimiento ilícito; a mí no me parece que sea malo. Sí creo que deba fortalecerse esta Ley (la Ley de Enriquecimiento Ilícito) y ampliar las potestades, la autonomía de la Sección de Probidad, estipularle si tiene que estar siempre dentro de la Corte Suprema

de Justicia, que tiene que ser parte de una comisión de ética gubernamental mucho más amplia, habría que ver eso también verdad, para que no siga siendo la cenicienta las instituciones anti corrupción que tenemos ahora.

Interpretación de las Entrevistas No Estructuradas

Ambos profesionales entrevistados demostraron tener un amplio conocimiento sobre el delito de enriquecimiento ilícito, configuración típica y la aplicación del Derecho Penal General a este comportamiento prohibido.

Es relevante la solución que ambos ofrecieron para temas muy discutidos en la doctrina, tal es el caso de la aparente inconstitucionalidad del enriquecimiento ilícito por su alegada violación a los principios de presunción de inocencia y la carga de la prueba. Tanto el Lic. Jaime López como el Lic. Martín Martínez se adhieren a la posición dominante entre los autores del Derecho Penal: reputar de constitucional el tipo penal. Es de hacer notar que ambos entrevistados reconocen el deber especial que tiene el servidor público de rendir cuentas al Estado y a la sociedad misma y que la transparencia administrativa les impone cargos distintos a los de cualquier ciudadano. Sus respuestas son compartidas por el equipo investigador que también estima que la configuración legal del enriquecimiento ilícito está circunscrita en los parámetros que la Constitución ha determinado para la regulación de los comportamientos prohibidos y su consecuente punición.

Otros de los aspectos muy debatidos es la supuesta violación al principio del ne bis in idem, entendido como la no doble persecución. El Lic. Jaime López no proveyó argumentos para esta temática. Mientras tanto, para el Lic. Martín Martínez no existe violación a este principio y es posible, en caso que un servidor público se enriquezca ilícitamente, tramitar conjuntamente la vía penal y la administrativa. El ne bis in idem supone la identidad de persona, de cosa u objeto y por la misma causa, y es precisamente en este último punto (la misma causa) donde se desvirtúa la doble persecución porque mientras que en la jurisdicción penal se trata de la investigación de un delito, en la sede administrativa se juzga la destitución del servidor público por la falta que cometió hacia la Administración Pública y las consecuencias sociales derivadas de su conducta equivocada; y aunque algunos traten de encontrar la idem causa petendi en estas instancias, no es posible apreciarla porque lo que se juzga en una y otra sede no es idéntico.

Por otra parte, con respecto a la importancia jurídica y práctica de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, ambos coincidieron en que debe restituirse la facultad de pedir informes al sistema financiero y dotarla de mayor autonomía administrativa e institucional. Esto es muy relevante porque la Sección es el ente encargado de aplicar la Ley de Enriquecimiento Ilícito, y en ese sentido, es menester que cuente con todas las facilidades que le permitan desarrollar una adecuada labor de control sobre la actuación de los servidores públicos, por supuesto, a través de los

mecanismos y los medios que la Constitución de la República y la misma Ley de Enriquecimiento Ilícito le otorgan.

El grupo investigador se adhiere a esta posición y estima necesario e imperativo que la Sección de Probidad adquiere mayor protagonismo y para ello debe ser lo suficientemente independiente de la Corte Suprema de Justicia.

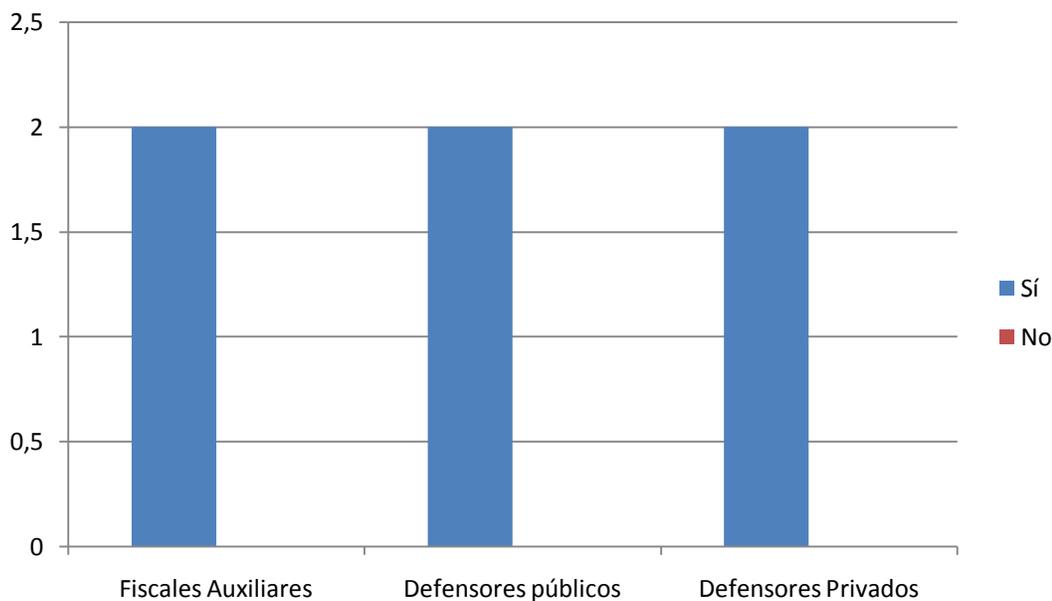
Otro aspecto a destacar es el secreto bancario. Sobre ello, los dos entrevistados coincidieron en que debe ser eliminado a efectos de investigar adecuadamente a los servidores públicos que se presume se han enriquecido ilícitamente. Se amparan en la transparencia administrativa y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador en lo relativo a la corrupción. Es importante que el secreto bancario no constituya un obstáculo que dilate una investigación, aunque por supuesto, la rendición de informes del sistema financiero debe hacerse siempre de forma legal y no arbitraria.

4.1.2.- RESULTADOS DE LA ENTREVISTA SEMI ESTRUCTURADA

Pregunta 1: ¿Conoce el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____ No_____ Explique en qué consiste la conducta típica

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	2	0.33%	0	0%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados	2	0.33%	0	0%	
TOTAL	6	0.99%			6



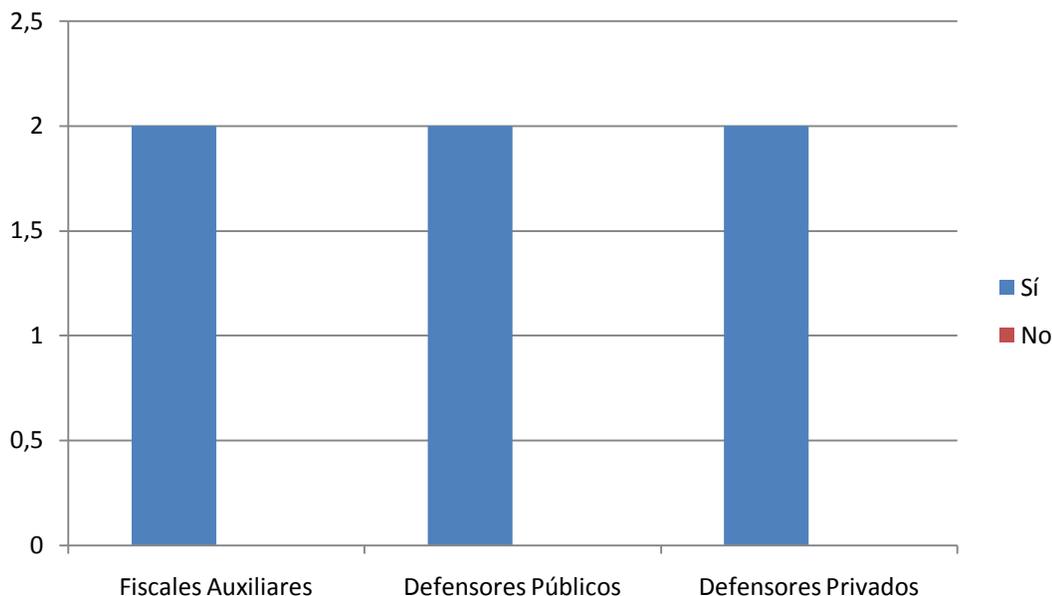
Interpretación

De las seis personas encuestadas, todas respondieron afirmativamente a la interrogante sobre el conocimiento del delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, cuando se pide explicar la conducta típica, los fiscales son quienes más saben sobre el comportamiento que prohíbe el tipo. Los defensores públicos confunden la conducta del enriquecimiento ilícito con la de otros tipos penales que protegen la Administración Pública. De los defensores privados sólo uno explicó la conducta típica.

Pregunta 2: ¿Sabe quiénes son los sujetos activos en el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____ Escriba quienes

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	2	0.33%	0	0%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados	2	0.33%	0	0%	
TOTAL	6	0.99%			6



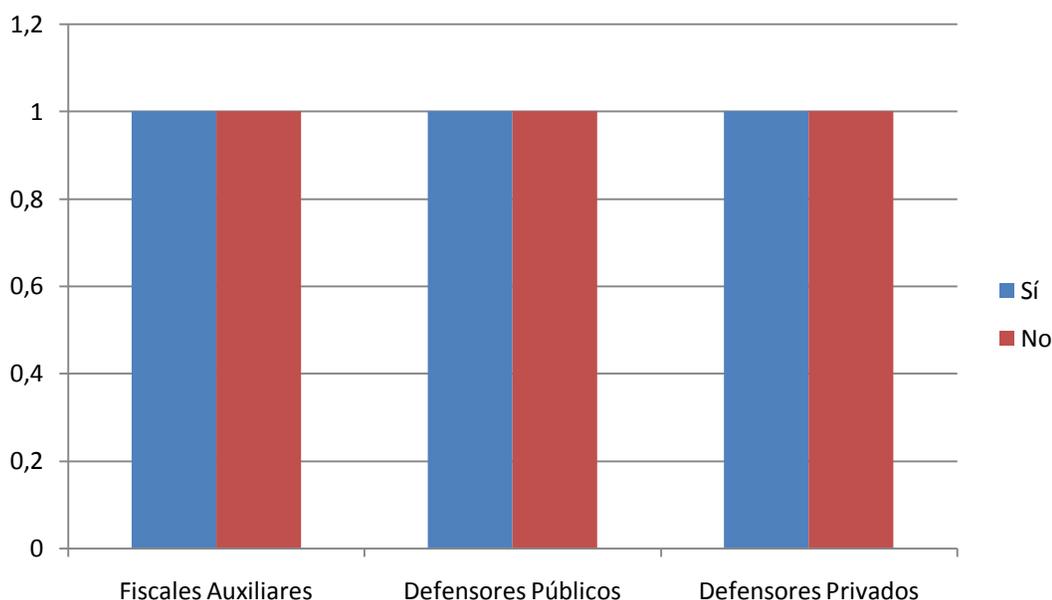
Interpretación

Todos manifestaron conocer quiénes son los sujetos activos del delito. Nuevamente, los fiscales son que determinaron a cabalidad a los sujetos cualificados del ilícito. De los defensores públicos, uno respondió que eran las personas, lo cual resulta obvio pero no es la esencia del tipo; y el otro no se refirió a la autoridad pública. Los defensores particulares tampoco tienen conocimiento pleno porque uno sólo se mencionó a los funcionarios públicos, y el otro expresó que eran el funcionario público y el Estado, siendo esto último inconcebible porque el Estado es el sujeto pasivo de la acción.

Pregunta 3: ¿Conoce la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____ No_____Cuál es

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	1	0.16%	1	0.16%	
Defensores Públicos	1	0.17%	1	0.17%	
Defensores Privados	1	0.17%	1	0.17%	
TOTAL	3	0.50%	3	0.50%	6

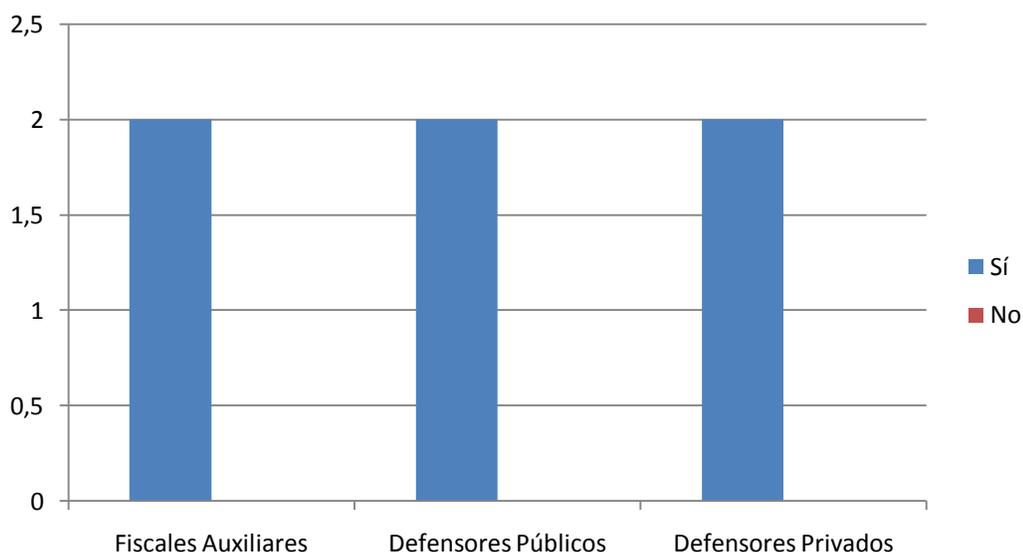
**Interpretación**

De los profesionales encuestados, tres dijeron conocer la naturaleza del delito y tres no la conocen. Para cada una de las unidades de análisis, sólo uno de los encuestados sabe la naturaleza y el otro no. Esto demuestra que entre los profesionales no es conocida la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, entre los que manifestaron conocerla su explicación no fue acertada: el fiscal la equiparó a la conducta típica; y el defensor público y el privado la confundieron con la acción penal que ejerce la FGR al expresar que es de orden público.

Pregunta 4: ¿Conoce la razón de porqué existe el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____ No_____Cuál es

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	2	0.33%	0	0%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados	2	0.33%	0	0%	
TOTAL	6	0.99%			6



Interpretación

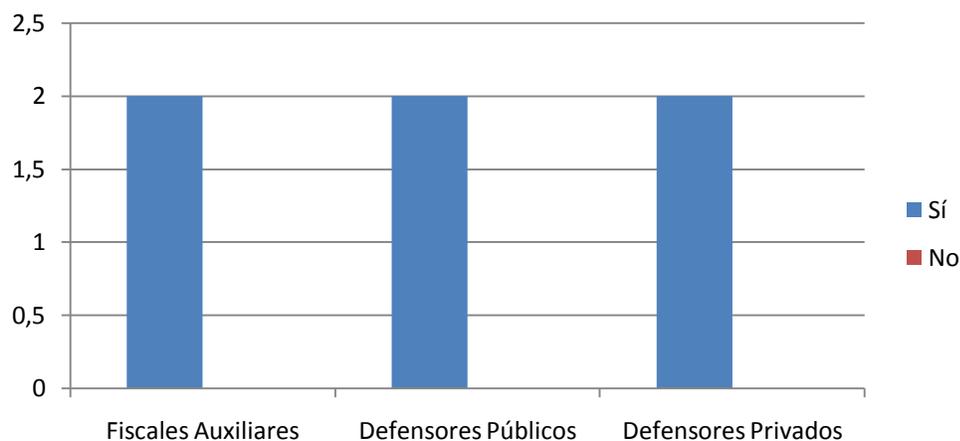
Los seis profesionales encuestados manifestaron conocer la razón de ser del delito de enriquecimiento ilícito, su ratio legis. Los fiscales la explicaron bien al expresar que consiste en proteger el patrimonio del Estado. Uno de los defensores dijo que la no declaración de los ingresos; y el otro, la confundió con la conducta típica, obviamente ambas posturas son erróneas. Los defensores privados también expresaron correctamente la razón de ser del enriquecimiento ilícito.

Resulta muy negativo que los defensores públicos no conozcan la ratio legis de este delito porque son profesionales que en cualquier momento podrían intervenir en el proceso para ejercer la defensa técnica de un imputado. Es imprescindible que los procuradores adquieran más conocimientos sobre este tipo penal.

Pregunta 5: ¿Considera que el carácter de subsidiariedad impide la impunidad de los delitos contra la corrupción?

Sí _____ No _____ Por qué _____

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	2	0.33%	0	0%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados	2	0.33%	0	0%	
TOTAL	6	0.99%			6



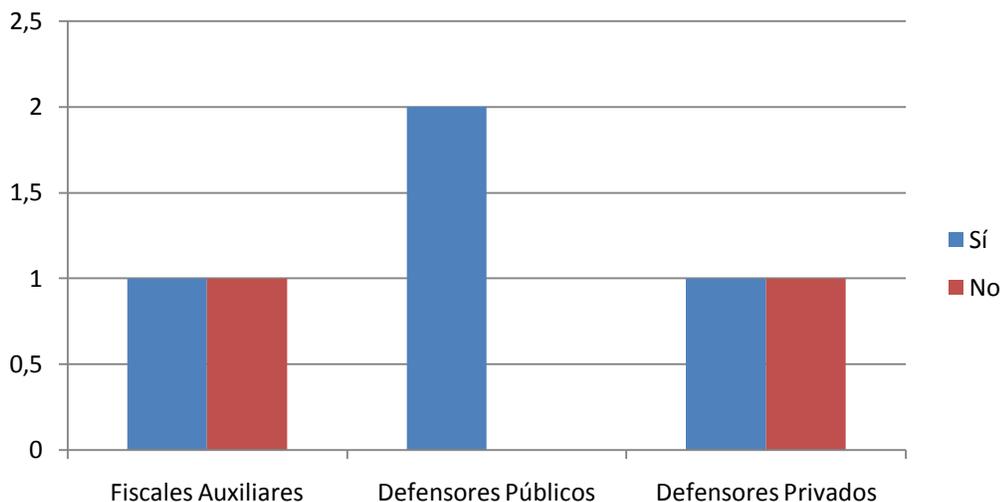
Interpretación

La subsidiariedad consiste en la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito en defecto de otro tipo penal que protege la Administración Pública cuando no puede ser imputada una acción por falta de pruebas y es evidente que existe un provecho propio del servidor público en perjuicio de la Administración. Sólo un fiscal expresó que la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito impide la corrupción. Sin embargo, su explicación no es coherente con la subsidiariedad. Los dos defensores públicos consideran que sí impide la corrupción; no obstante, sus argumentos tampoco están referidos a la subsidiariedad del tipo: uno de ellos dijo que el subsidiario es el Estado, y el otro lo relacionó con la protección a los políticos. Los dos defensores privados manifestaron que la subsidiariedad ayuda a evitar la corrupción. A pesar de ello, uno no fundamentó su respuesta lo cual hace presumir que no sabe en qué consiste la subsidiariedad; mientras que el otro dijo que “porque no pueden ser juzgados ordinariamente”, estando también equivocado.

Pregunta 6: ¿Conoce si el delito de enriquecimiento ilícito se puede realizar mediante la modalidad omisiva?

Sí _____ No _____ Explique

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	1	0.17%	1	0.17%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados	1	0.17%	1	0.16%	
TOTAL	4	0.67%	2	0.33%	6



Interpretación

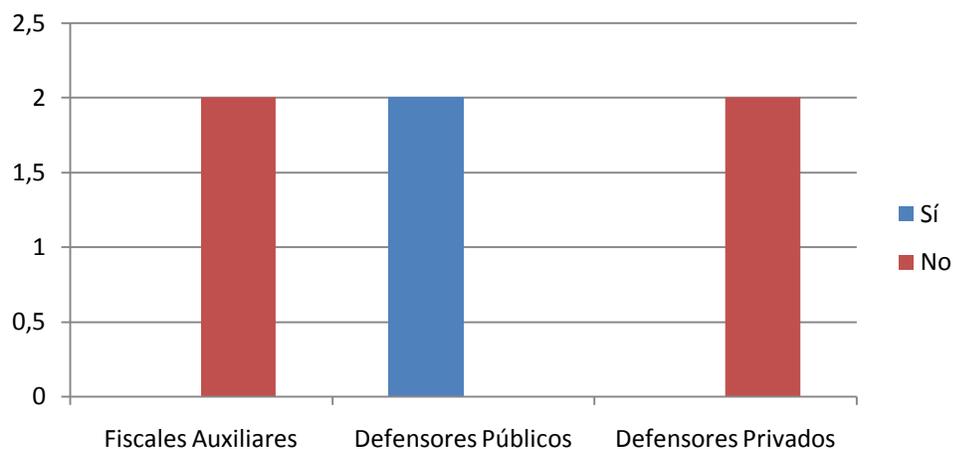
Sólo un fiscal respondió que el enriquecimiento ilícito también se puede ejecutar mediante una conducta omisiva. No obstante, su explicación está orientada hacia la coautoría y la participación y no hacia la posición de garante que tiene el servidor público emanada del Art. 235 de la Constitución de la República. Los dos defensores públicos contestaron afirmativamente, pero de igual forma sus respuestas se asimilan a la autoría y participación. Con respecto al defensor privado que manifestó la posibilidad de realización omisiva del delito, logró responderla satisfactoriamente, y fundó su respuesta en la obligación que tienen los servidores públicos de cumplir y hacer cumplir la Constitución.

Nuevamente se evidencia la necesidad de profundizar en el estudio del enriquecimiento ilícito en particular, y del Derecho Penal en general.

Pregunta 7: ¿Cree que el sujeto activo del enriquecimiento ilícito puede incurrir en una variedad de error?

Sí _____ No _____ Explique

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares		0%	2	0.33%	
Defensores Públicos	2	0.33%	0	0%	
Defensores Privados		0%	2	0.33%	
TOTAL	2	0.33%	4	0.66%	6



Interpretación

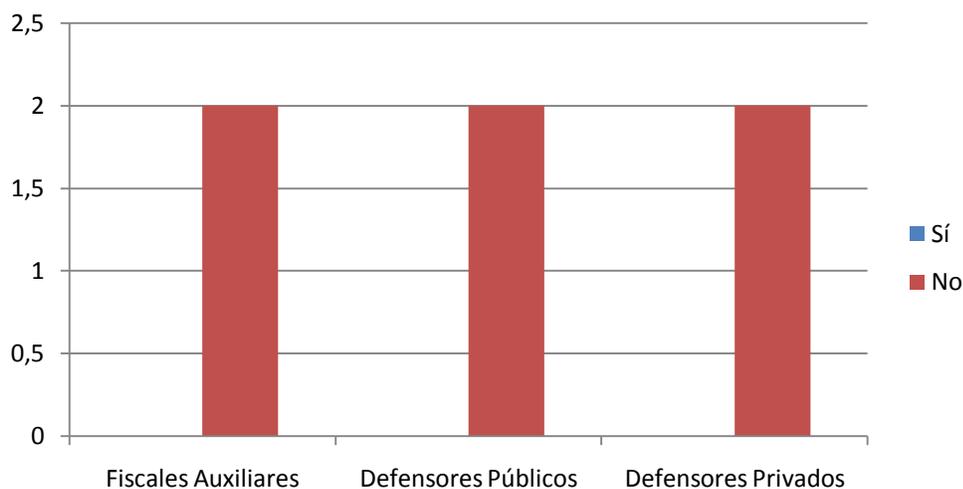
Ambos fiscales dijeron que no es posible la concurrencia de algún error, sea de tipo o de prohibición porque el sujeto activo cualificado actúa con pleno conocimiento, con dolo directo. De los dos defensores públicos que respondieron afirmativamente, sólo uno de ellos explicó su respuesta y su argumento es que en ocasiones el servidor público actúa con grave ignorancia de que está cometiendo un delito, se orientó hacia el error de prohibición directo. Los defensores privados también dijeron que no es posible la presencia de algún error porque existe dolo directo.

El gráfico demuestra la tendencia mayoritaria de afirmar que no es posible apreciar la existencia del error de tipo o de prohibición en el delito de enriquecimiento ilícito.

Pregunta 8: ¿Concorre alguna causa de justificación en el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____ Explique

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares			2	0.33%	
Defensores Públicos			2	0.33%	
Defensores Privados			2	0.33%	
TOTAL			6	0.99%	6



Interpretación

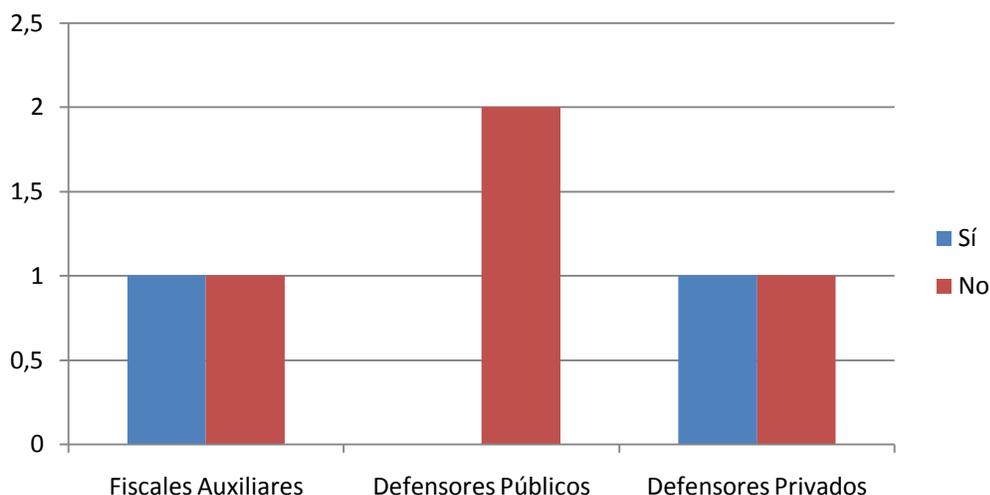
La doctrina admite la posibilidad de que concorra el estado de necesidad justificante para que la conducta típica del servidor público sea jurídica. Con respecto a los encuestados, existe unanimidad en que no se puede apreciar ninguna causa de justificación. Para ambos fiscales no es posible percibir alguna causa de justificación en el delito de enriquecimiento ilícito y lo fundamentan en que la acción se realiza con pleno conocimiento. Los defensores también lo niegan porque el sujeto activo actúa con dolo directo. Los defensores privados también apoyaron su respuesta en el conocimiento y voluntad del servidor público de realizar la conducta típica.

Todos se basaron en el dolo de consumación, sin embargo, las normas permisivas no se fundamentan en ese aspecto subjetivo sino en la configuración de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada una de ellas.

Pregunta 9: ¿Considera que la pena en el delito de enriquecimiento ilícito está adecuada a la lesividad del bien jurídico protegido?

Sí _____ No _____ Por qué

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	1	0.17%	1	0.16%	
Defensores Públicos		0%	2	0.33%	
Defensores Privados	1	0.17%	1	0.17%	
TOTAL	2	0.34%	4	0.66%	6



Interpretación

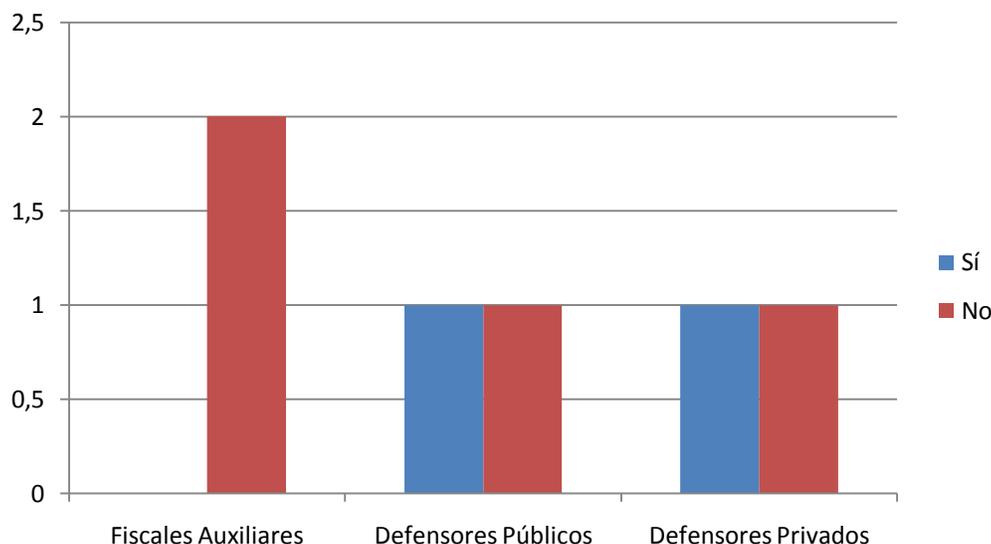
Es evidente la división de criterios. Para uno de los fiscales es proporcional la pena abstracta del delito de enriquecimiento ilícito; mientras que para el otro debe ser aumentada. En los defensores públicos existe concordancia de opiniones, para ambos la pena no se corresponde con la lesión que la conducta de obtener incremento patrimonial injustificado produce a la Administración Pública por lo cual debe incrementarse. Los defensores privados están en disenso: uno opina que debe castigarse con más años de prisión; y el otro está de acuerdo con la sanción de 3 a 10 años que estipula el Art. 333 del Código Penal.

En síntesis, los argumentos para aumentar la pena imponible son la lesión a la Administración Pública, la calidad del sujeto activo y los perjuicios a la sociedad en general.

Pregunta 10: ¿Conoce cuál es la función de la Sección de Probidad de la CSJ con respecto al delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____ Explique cuál es

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares		0%	2	0.33%	
Defensores Públicos	1	0.17%	1	0.16%	
Defensores Privados	1	0.17%	1	0.17%	
TOTAL	2	0.34%	4	0.66%	6



Interpretación

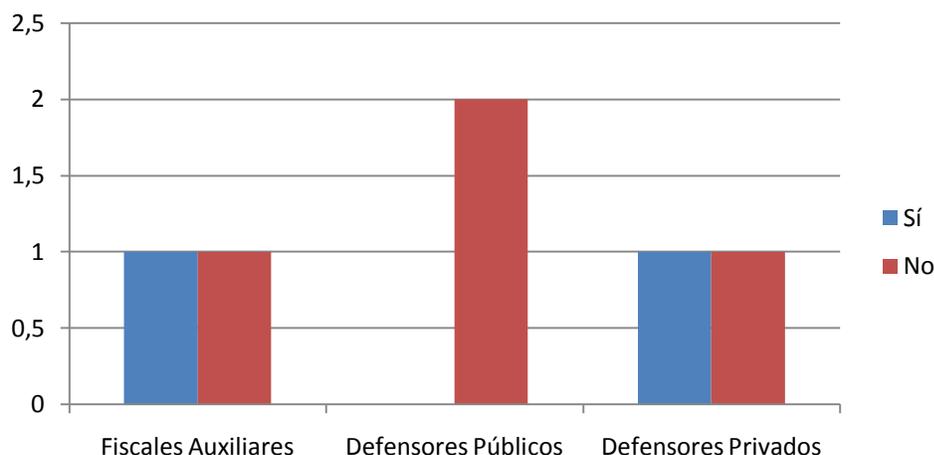
La función de la Sección de Probidad es recibir las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos antes que tomen posesión de su cargo y luego de finalizar el ejercicio del mismo. Con respecto a los encuestados es increíble que ninguno de los fiscales conoce cuál es la función de la Sección de Probidad, y esto es alarmante porque es el ente encargado de investigar los delitos. De los defensores públicos sólo uno conoce cuál es la función de la Sección y la explicó acertadamente. Igual situación se presentó con los defensores privados.

Es trascendental saber cuáles son las funciones de la Sección de Probidad porque además de recibir las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, es el organismo colegiado encargado de aplicar la Ley de Enriquecimiento Ilícito.

Pregunta 11: ¿Considera que para la investigación de este delito es necesaria la anulación del secreto bancario?

Sí _____ No _____ Explique

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares	1	0.33%	1	0%	
Defensores Públicos		0.33%	2	0%	
Defensores Privados	1	0.33%	1	0%	
TOTAL	2	0.99%	4		6



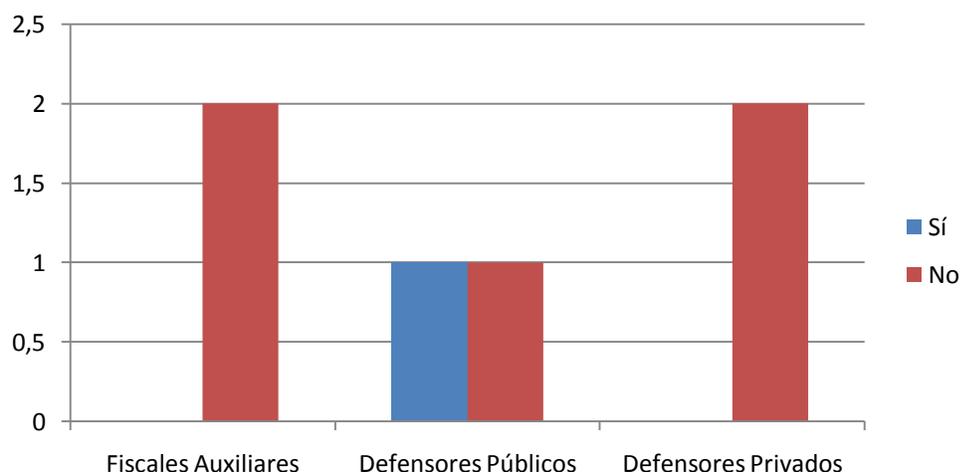
Interpretación

El gráfico demuestra divergencia de opiniones. Uno de los fiscales expresó que debe ser anulado porque ayudaría a no estancar la investigación; mientras que el otro dijo que no se debía anular porque se generarían arbitrariedades, aunque esto es difícil de concebir sobretodo viniendo tal opinión de uno de los miembros del ente investigador del delito. Ambos defensores públicos dijeron que no aunque sus respuestas son confusas porque tienden a confundir qué es el secreto bancario. Los defensores privados. Con respecto a los defensores privados, uno manifestó que sí debe ser eliminado porque facilitaría determinar los depósitos de los servidores públicos; y por el contrario, el otro dijo que no porque desprestigiaría a los usuarios de los bancos, lo cual es erróneo porque el secreto bancario al que se alude no es sobre los clientes de las instituciones financieras, sino sobre los servidores públicos cuando ha existido un incremento patrimonial injustificado; no en cualquier caso se exigen los estados de cuentas y tampoco por cualquier organismo.

Pregunta 12: ¿Conoce leyes administrativas que regulen el enriquecimiento ilícito?

Sí_____ No_____ Cuáles son

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares		0.33%	2	0%	
Defensores Públicos	1	0.33%	1	0%	
Defensores Privados		0.33%	2	0%	
TOTAL	1	0.99%	5		6



Interpretación

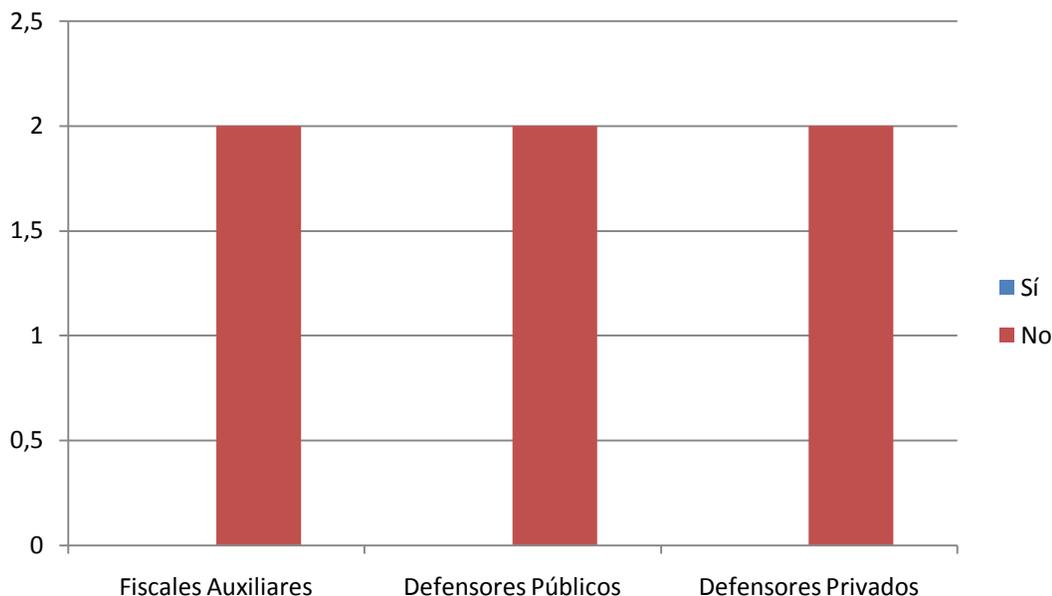
Las principales leyes administrativas vinculadas con este delito son la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, la Ley de la Corte de Cuentas de la República y la Ley de Ética Gubernamental. En la gráfica se demuestra la tendencia de desconocimiento sobre aspectos administrativos del delito de enriquecimiento ilícito. Nuevamente, son los fiscales quienes no conocen nada sobre los elementos relativos a esta jurisdicción, lo cual es alarmante porque la FGR es la institución encargada de investigar los delitos. De los defensores públicos sólo uno las conoce y mencionó la Ley de Enriquecimiento Ilícito que es la directamente relacionada con esta conducta prohibida. Los defensores privados tampoco conocen ninguna ley.

Es necesario que los profesionales del Derecho sepan el contenido de todas las leyes administrativas que se pueden relacionar con un delito porque sólo así se podrá ejercer una acusación o una defensa técnica fundadas.

Pregunta 13: ¿Conoce tratados internacionales que regulen el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____ Cuáles son

UNIDADES DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
Fiscales Auxiliares		0.33%	2	0%	
Defensores Públicos		0.33%	2	0%	
Defensores Privados		0.33%	2	0%	
TOTAL		0.99%	6		6



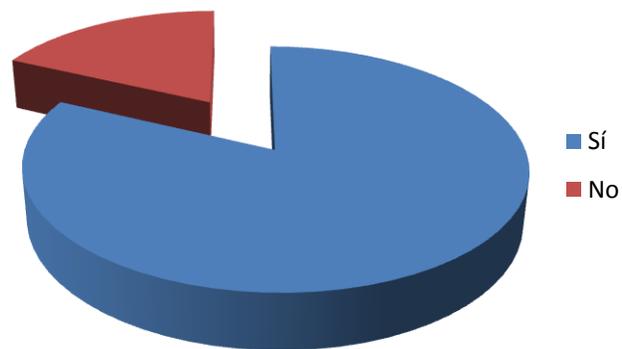
Interpretación

Los tratados internacionales que regulan el enriquecimiento ilícito son la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En el gráfico se puede apreciar que ninguno de los profesionales del Derecho encuestados conoce alguno de estos instrumentos jurídicos. Esto es preocupante porque de acuerdo al Art. 144 inc. 2° de la Constitución, los tratados internacionales al ser suscritos y ratificados por El Salvador se convierten en leyes de la República y por lo tanto de obligatorio conocimiento para todos los habitantes, con especial énfasis para los profesionales de las Ciencias Jurídicas.

4.1.3.- RESULTADOS DE LA ENCUESTA

Cuadro 1: Conocimiento sobre la existencia del delito de enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	45	0.9%	5	0.1%	50

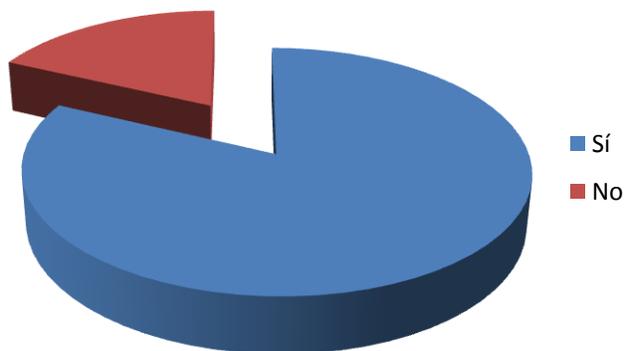


Interpretación

El resultado demuestra que la mayoría de las personas encuestadas tienen conocimiento que existe un delito llamado enriquecimiento ilícito. La razón de ello es que todos los estudiantes encuestados ya cursaron Derecho Penal II.

Cuadro 2: Conocimiento sobre la conducta que prohíbe el delito de enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	41	0.82%	9	0.18%	50



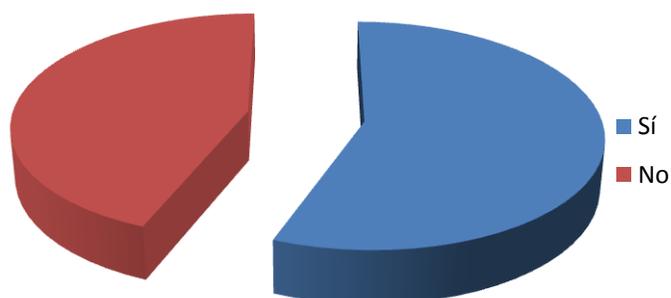
Interpretación

El dato tiende a variar un poco. La razón de ello radica en que el tipo penal que regula el delito de enriquecimiento ilícito no proporciona una definición de la conducta, no identifica las diversas modalidades de la acción del servidor público si no que estos constituyen aportes dados por los doctrinarios.

Tal situación de cierto desconocimiento tiene relevancia jurídica en el entendido que puede inducir, a quien lee literalmente el tipo, a dejar fuera otros supuestos que no son perceptibles si no es bajo un detallado estudio del mismo.

Cuadro 3: Conocimiento sobre los sujetos activos del delito de enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	47	0.94%	3	0.06%	50



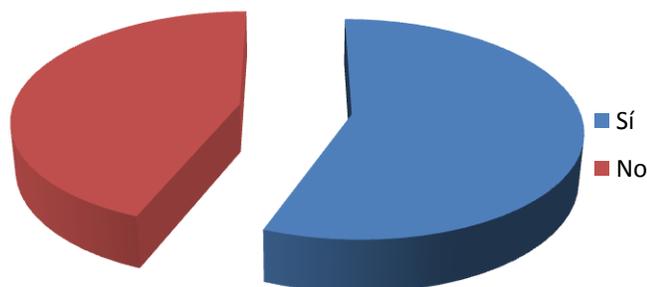
Interpretación

La mayoría de los encuestados manifiestan conocer quiénes son los sujetos cualificados para cometer este delito: el funcionario, empleado público y la autoridad pública. Esto corrobora que lo que más saben los estudiantes sobre el delito de enriquecimiento ilícito en cuanto tal, es sobre su existencia y las personas que lo pueden cometer; en menor medida conocen sobre las diversas modalidades que puede presentar la conducta típica del servidor público.

La cantidad de estudiantes que ignoran quiénes pueden ser autores del ilícito es muy inferior a la de aquellos que sí están enterados. La importancia de esto es que entre los estudiantes existe conciencia de los especiales deberes que el cargo o el ejercicio de la función pública imponen a una persona.

Cuadro 4: Conocimiento sobre la existencia de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	28	0.56%	22	0.44%	50



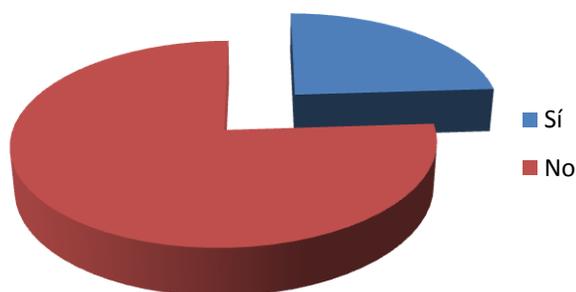
Interpretación

En esta gráfica existe mucha proporcionalidad entre las respuestas. El hecho que la diferencia sea mínima significa que es elevado el número de estudiantes que no conocen sobre la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos.

Las repercusiones en el plano jurídico son nefastas porque esta ley, de carácter administrativo, contiene aspectos de prevención, control y sanción de la conducta equivocada de los servidores públicos. No debe olvidarse que los delitos especiales están sometidos a una doble jurisdicción: la penal y la administrativa.

Cuadro 5: Conocimiento sobre la existencia de la Sección de Probidad.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	19	0.38%	31	0.62%	50



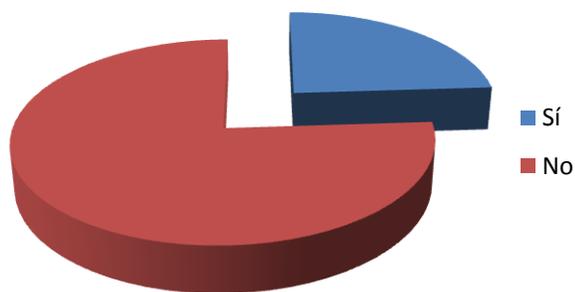
Interpretación

La tendencia es en sentido negativo. A pesar que muchos estudiantes manifestaron conocer sobre la Ley de Enriquecimiento Ilícito, la mayoría no saben sobre la existencia de la Sección de Probidad, la cual aparece expresamente enunciada en aquella norma. Esto evidencia ignorancia del contenido de la ley.

No basta con conocer la existencia de la ley, debe, además, profundizarse en su estudio a fin de asegurar la plena vigencia y cumplimiento de todas sus disposiciones, sólo así estará justificada su razón de ser.

Cuadro 6: Eficiencia de la declaración patrimonial para evitar el enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	11	0.22%	39	0.78%	50



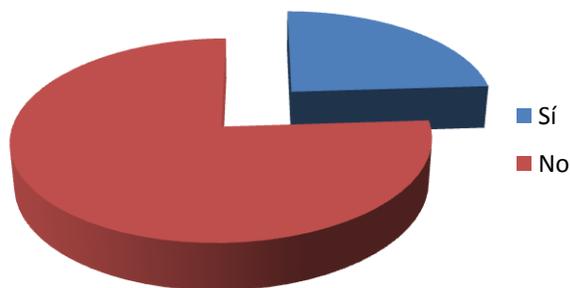
Interpretación

La declaración patrimonial es una de las exigencias de la Ley de Enriquecimiento Ilícito. La mayoría de los estudiantes encuestados considera que no es un mecanismo eficiente de prevención y control del enriquecimiento injustificado de los servidores públicos.

No debe verse como un mecanismo ineficiente en sí mismo, si no como un instrumento que aisladamente no podrá nunca controlar ese acto de corrupción.

Cuadro 7: Suficiencia de la declaración patrimonial para evitar el enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	9	0.18%	41	0.82%	50

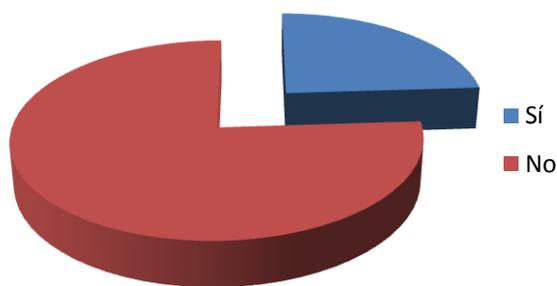


Interpretación

La mayoría de los estudiantes encuestados expresaron que la declaración patrimonial que rinden los servidores públicos, no es eficiente para evitar el enriquecimiento ilícito. De esto se colige que deberían considerarse otros mecanismos de prevención y control porque la corrupción ha corroído tanto las estructuras de las instituciones, como la moralidad y competencia de los servidores; más aún, porque la ley data de 1959, y a casi cincuenta años, ya existen nuevas formas para disimular el incremento patrimonial.

Cuadro 8: Eficiencia del enriquecimiento ilícito para evitar actos de corrupción.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	21	0.42%	29	0.58%	50

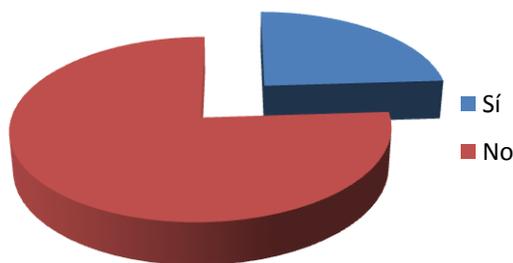


Interpretación

Las opiniones están divididas, aunque con tendencia a negar la eficiencia del enriquecimiento ilícito como tipo penal disuasivo de la corrupción. Tomando como referencia que la mayoría de los estudiantes encuestados manifestaron conocer sobre la existencia de este delito, y otro porcentaje considerable expresó conocer la conducta típica, se ha de inferir que la razón para considerar ineficiente el tipo penal de enriquecimiento ilícito es su configuración, la cual podría ser reformada para volverlo más útil a efectos de evitar esta conducta típica.

Cuadro 9: Conocimiento sobre servidores públicos que han aumentado su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	36	0.72%	14	0.28%	50



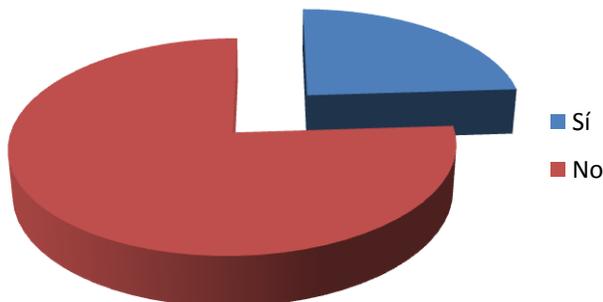
Interpretación

La mayoría de los estudiantes encuestados conocen casos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Tomando en cuenta el elevado número de respuestas positivas, todo hace pensar que la conducta típica de obtener incremento patrimonial injustificado es muy frecuente en la zona oriental del país.

Esto tiene relevancia con respecto a la aseveración que anteriormente se hacía sobre la ineficiencia del tipo penal de enriquecimiento ilícito: si se existen muchos casos de este delito es porque no hay eficiencia del tipo.

Cuadro 10: Utilización de personas particulares para que los servidores públicos puedan enriquecerse ilícitamente.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	47	0.94%	3	0.06%	50

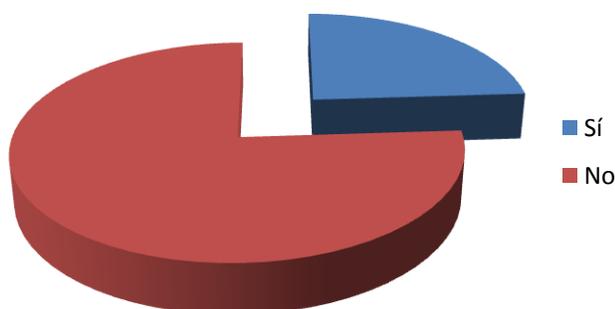


Interpretación

La tendencia del gráfico demuestra una posición casi unánime de que los servidores utilizan a personas extrañas a la Administración Pública para disimular el incremento patrimonial injustificado. Esto tiene mucha relevancia, tanto de índole dogmático-penal como punitivo. En el primero de los casos porque demuestra la necesidad de regular las actividades de complicidad del testaferro; y en segundo, porque este tipo de personas deben ser castigadas por prestar su colaboración a la realización del hecho delictivo, de ahí que por razones de política criminal reciban la misma pena de prisión que el servidor público.

Cuadro 11: Disminución de los recursos económicos de la Hacienda Pública o Municipal a causa del enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	47	0.94%	3	0.06%	50



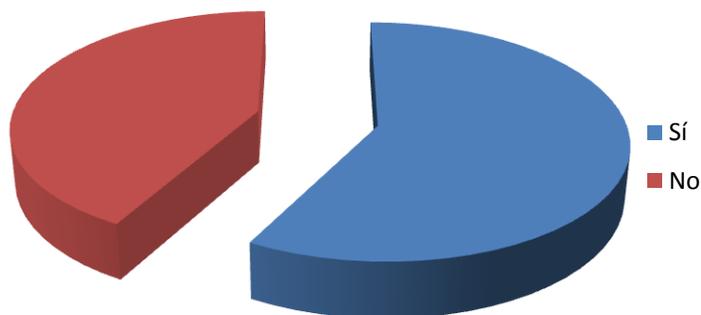
Interpretación

El gráfico demuestra que la mayoría de los estudiantes encuestados consideran que el enriquecimiento ilícito es una conducta que provoca perjuicio económico a la Hacienda Pública o Municipal.

No hay duda que este delito tiene diferentes repercusiones: jurídicas, políticas y socioeconómicas. Estas últimas son las que dañan el erario público porque las instituciones del Estado quedan con menos recursos económicos para realizar obras de beneficio a la sociedad, de ahí también la importancia de prevenir y sancionar estos actos de corrupción.

Cuadro 12: Conocimiento de casos judicializados de enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	29	0.58%	21	0.42%	50



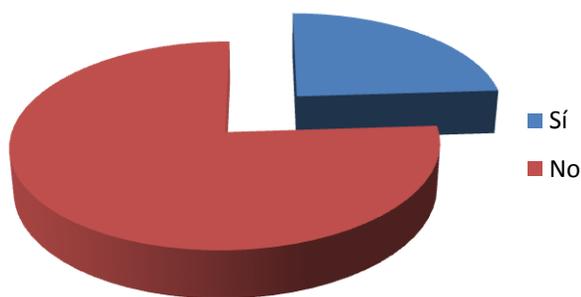
Interpretación

La opinión mayoritaria de los encuestados expresa que conocen casos judicializados de enriquecimiento ilícito. De acuerdo a ellos, en los tribunales se han procesado varias causas sobre este delito. Sin embargo, otro porcentaje bastante considerable, manifiesta no conocer ningún caso judicializado de enriquecimiento ilícito.

Esta proporcionalidad permite deducir que las opiniones están muy divididas y que lo que para unos es evidente para otros está oculto.

Cuadro 13: Conocimiento de casos de condena de prisión por enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	14	0.28%	36	0.72%	50



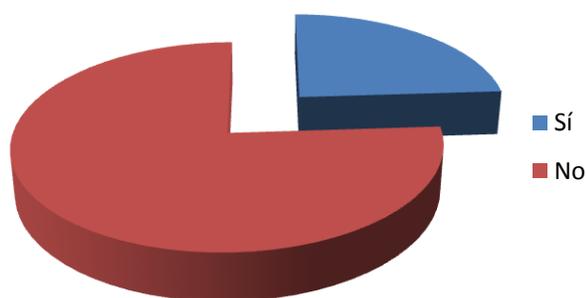
Interpretación

La mayoría de los encuestados expresa que no conocen casos de condena a servidores públicos por el delito de enriquecimiento ilícito. Contrastándolo con la preguntar anterior se puede observar que aunque la mayoría manifestó conocer casos judicializados por este delito, ahora la tendencia es a negar el conocimiento de casos de condena.

De esto se deduce que la mayoría de las personas encuestadas cree que existe impunidad en el sistema judicial, porque a pesar que existan casos en los tribunales, las sentencias condenatorias no se producen.

Cuadro 14: Voluntad del Estado para investigar el enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	10	0.20%	40	0.80%	50



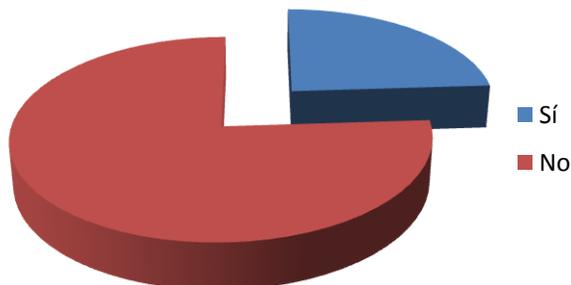
Interpretación

La tendencia negativa de los encuestados se intensifica al cuestionarlos sobre la voluntad del Estado para investigar el delito de enriquecimiento ilícito. La mayoría considera que en el Estado no existe voluntad para investigarlo porque es un delito que está relacionado con puestos políticos y que de ser perseguidos podrían dañar severamente la imagen y credibilidad de un partido político.

Esta situación también genera desprestigio y falta de confianza en instituciones como la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República por ser las instituciones del Estado encargadas de investigar todos los delitos.

Cuadro 15: Adecuada investigación del delito de enriquecimiento ilícito por parte de la PNC y la FGR

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	4	0.08%	46	0.92%	50



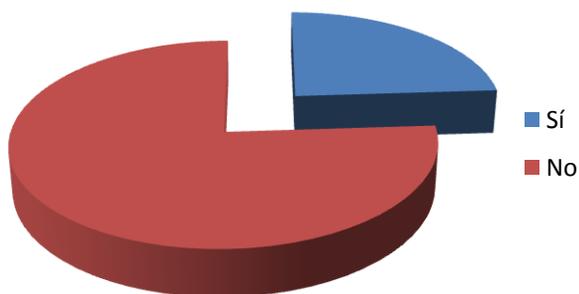
Interpretación

El dato es mucho más alarmante cuando el 92% de los estudiantes encuestados consideran que la PNC y la FGR no realizan una adecuada investigación del delito; para ellos, existe debilidad en el proceso investigativo. Esta situación también está vinculada con la falta de voluntad para perseguir la conducta prohibida.

La credibilidad y confianza en estas instituciones es mínima; entre los encuestados está implícita la noción que la PNC y la FGR no persiguen por igual todos los delitos, hay una selección de los comportamientos ilícitos que se investigan.

Cuadro 16: El secreto bancario como obstáculo para investigar el enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	40	0.80%	10	0.20%	50



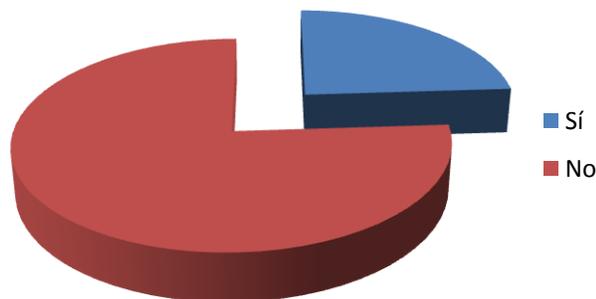
Interpretación

El secreto bancario consiste en que los bancos no están obligados a extender los estados de cuentas de los servidores públicos. Antes la Sección de Probidad tenía la facultad para solicitarlos, pero ahora lo hace Corte Suprema de Justicia en pleno. La mayoría de los encuestados considera que esto constituye un obstáculo porque crea cierta imposibilidad para investigar efectivamente el delito de enriquecimiento ilícito.

Disposiciones como esas deberían ser eliminadas para facilitar la persecución penal del delito. Además, en un verdadero Estado Democrático de Derecho la transparencia administrativa es un imperativo jurídico.

Cuadro 17: Necesidad de eliminar el secreto bancario para investigar el enriquecimiento ilícito.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	42	0.84%	8	0.16%	50

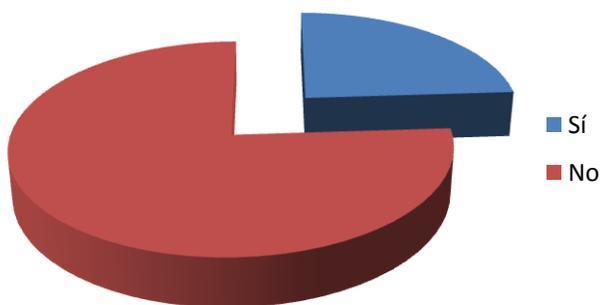


Interpretación

El 84% de los encuestados considera que el secreto bancario debe ser eliminado. Esta aseveración se corresponde con lo planteado en la pregunta anterior. El secreto bancario es un obstáculo para la investigación efectiva del delito de enriquecimiento ilícito y por lo tanto, es necesario eliminarlo. De procederse así, se estaría sentando un buen precedente en cuanto a la prevención, control e investigación del enriquecimiento ilícito en particular, y de los actos de corrupción en general.

Cuadro 18: Capacidad de la PNC y la FGR para perseguir efectivamente los actos de corrupción.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	7	0.14%	43	0.86%	50



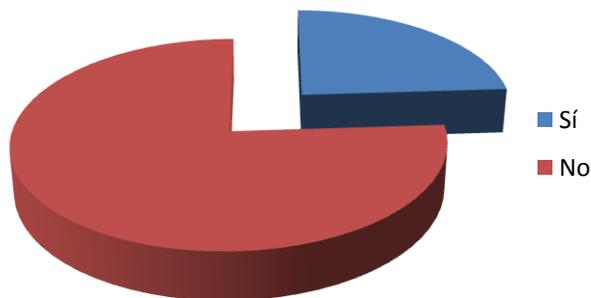
Interpretación

La tendencia negativa se continúa prolongando al preguntar por la capacidad de la PNC y la FGR para perseguir efectivamente los actos de corrupción. La mayoría de los encuestados considera que estas instituciones no están capacitadas para cumplir con su función. Sin duda alguna, la credibilidad es casi nula.

Las consecuencias a nivel jurídico se evidencian en la escasez de enjuiciamientos por el delito de enriquecimiento ilícito. En el plano socioeconómico, son las continuas erogaciones injustificadas de dinero para que el servidor público obtenga un incremento patrimonial en perjuicio de la Administración Pública y de la sociedad.

Cuadro 19: Aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	16	0.32%	34	0.68%	50



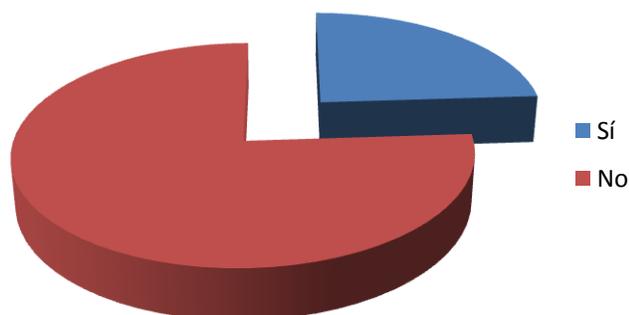
Interpretación

El 68% de los encuestados considera que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no es aplicado. Esto en cierta manera se contradice con lo planteado en la pregunta 12 donde se preguntaba si tenían conocimiento de casos judicializados y la mayoría respondió que sí. Para solventar esta aparente contradicción hay que decir que la aplicación a la que aquí se alude, es aquella que culmina con la imposición de una pena privativa de libertad, y la realidad salvadoreña demuestra que ésa es una tarea pendiente aún en el país.

La inaplicabilidad del tipo penal puede tener su génesis en el desconocimiento doctrinario y jurídico de todas las implicaciones del enriquecimiento ilícito.

Cuadro 20: Conocimiento sobre si El Salvador ha suscrito y ratificado convenios internacionales contra la corrupción.

UNIDAD DE ANÁLISIS	OPCIONES				TOTAL
	SÍ		NO		
	FA	FR	FA	FR	
ESTUDIANTES	12	0.24%	38	0.76%	50



Interpretación

La mayoría de los estudiantes encuestados no conoce si El Salvador ha suscrito y ratificados convenios internacionales contra la corrupción. La razón de ello se ha de encontrar en la falta de divulgación de estos instrumentos jurídicos.

Es necesario que los estudiantes y la población conozcan estos compromisos internacionales de El Salvador porque sólo así cumplirán a nivel interno con su cometido. No puede negarse que tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción deben ser conocidas por todos por tratarse de instrumentos que pretenden prevenir y castigar los comportamientos desviados de los servidores públicos.

RESULTADOS DE LA ENTREVISTA SEMI ABIERTA

Entrevista Semi Abierta dirigida a: Jefe y Subjefe de la Sección de Probidad

Lugar: Sección de Probidad

Fecha: 25 de noviembre de 2008

PREGUNTAS

1.- ¿Cómo está organizada la Sección de Probidad?

R// En la estructura está primero la Jefatura de acuerdo a la Ley Orgánica Judicial. El Dr. Vanegas es el Jefe de esta unidad, yo soy el sub jefe de esta unidad. De ahí tenemos tres áreas especiales: una de Universos de Obligados, que se encarga de toda una comunicación con las 385 instituciones públicas, ahí están las 262 alcaldías, el Órgano Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial y todas las dependencias que vienen más abajo del Órgano Ejecutivo, los Ministerios, las Autónomas, en su totalidad son 385 instituciones del Estado. En todas ellas hay un funcionario enlace que se encarga de alimentar la base de datos, muestra todo el universo de obligados conforme a la Ley de Enriquecimiento Ilícito; esta área de Universo de Obligados se encarga también de capacitaciones, de dar charlas informativas, proporcionar los formularios, los instructivos, de atender las consultas de los servidores públicos obligados a declarar; se tiene una comunicación bien constante con ellos.

Está la otra parte, el Área de Análisis, que es la que se encarga que una vez entrada la información de los declarantes, se les recibe, se le da su comprobante y luego al final del día se le pasa el informe de todo lo recibido a esa Unidad en conjunto con el físico, que son las declaraciones recibidas y enviadas por los funcionarios. ¿De qué se encarga el área de Análisis? Primero, verificar los requisitos legales que exige la ley versus la información que presenta el declarante, y entonces hay una confrontación de información, un chequeo de información y luego se dedica ya al análisis financiero de toda la estructura del patrimonio que trae el servidor público. Si ustedes ya leyeron la Ley de Enriquecimiento Ilícito ustedes sabrán lo que trae o qué es lo que pide la declaración patrimonial, ahí entran todos los pasivos y activos, tanto del servidor público como los de su grupo familiar, su esposa y sus hijos, no los papás ni los tíos; entonces ya se encarga de hacer una evaluación. Son auditores los que hacen esa evaluación y si hay dudas formamos equipo, auditores y abogados, y “nos damos duro con ellos” y así estamos de tal manera que nosotros vemos el aspecto legal y ellos ven el aspecto financiero y contable, lo complementamos si hay duda en la información que presenta el servidor público o le falta alguna información o si hay inconsistencias o contradicciones dentro del mismo patrimonio del declarante, nosotros se lo hacemos saber al servidor público para que subsane las observaciones, de ahí si hay detalles o denuncias o si de los periódicos sale alguna información que determinado servidor público se ha enriquecido, entonces nuestra obligación es, y parte del análisis, es la verificación de la información por fuentes externas, ya sea Ministerio de Hacienda, CNR, CERTRASEN si son

vehículos, con el mismo declarante o la misma empresa o institución pública donde el servidor público está trabajando, ahí vamos confrontando, verificando la información, ésta es la otra área.

En cuanto a Jefaturas está el Jefe del Área de Universo de Obligados, Jefe de Área de Análisis y la otra parte es un Área de Asistencia Técnica, digamos que da soporte a las dos áreas y da soporte a las jefaturas, donde se llevan las estadísticas, donde se hacen la revisión de los procedimientos internos, manuales de dolarización y se revisa todo, esto es un área de soportes. Del área de Universo de Obligados depende la parte de Archivo donde se maneja todo el quehacer del Archivo, de descarga de toda la información y una sub área, esa parte de universo de obligados, el área donde se llevan todas las multas, es la sustanciación de todos los procedimientos para sancionar a todos los servidores públicos que han incumplido con las obligaciones legales, eso es a groso modo lo que es PROBIDAD. Pero la sanción es nada más una multa por no hacer la declaración, la declaración se hace al ingreso, en el puesto y a la terminación, se hace una comparación del patrimonio al inicio y al final de la gestión, si hay una inconsistencia se le pide que subsane: que me saque la lotería, tuve una plusvalía...; todos los funcionarios tienen bienes, propiedades, empresas, etc., hay que ver toda esa actividad adicional al puesto de trabajo, si hay un exceso de patrimonio ahí que no se puede justificar, se supone que entonces puede haber un enriquecimiento, entonces la Corte, con una información que nosotros le damos, (porque ésta es una oficina administrativa, cien por ciento, depende del organigrama de la Corte Suprema de

Justicia como una unidad administrativa) de aquí se informa a la Corte para que lo certifique a la Fiscalía cuando se supone que existe un enriquecimiento ilícito para que la Fiscalía siga el proceso de enriquecimiento ilícito, ya es otra área que no nos corresponde ni a la Corte ni a la sección de PROBIDAD. La decisión ya para llegar al proceso penal es puramente la Fiscalía General por medio de certificación o la Fiscalía puede seguir un proceso, no dependen de nosotros... ¿Cuántos denunciados hay de las alcaldías? esos no han pasado por aquí.

2.- ¿Realizan actividades preventivas del enriquecimiento ilícito?

R// Lo que se toma como preventivo, ¿Qué es? Es la visita a las instituciones, es la capacitación a los servidores públicos conforme a las obligaciones que tienen según la ley, concientización del servicio público que tiene que ser ético y probo de tal manera llegar a la conciencia del servidor público antes de llegar a la aplicación de la ley. Ustedes saben que nuestro sistema legal no es preventivo, pero lo único que se puede hacer de forma preventiva es salir a las instituciones públicas y concientizar a los servidores públicos que desarrollen sus labores de una forma ética y probo, esto es lo preventivo que esta unidad tiene para los servidores públicos. Es que hay un inconveniente aquí, es que antes que no estaba el delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal sólo lo tenía la Ley, la ley nuestra es del 59 es una ley totalmente anacrónica, entonces teníamos la instancia nosotros del enriquecimiento ilícito, pero esto

nunca fue aplicado, entonces luego se incorpora el delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal y aparentemente hay dos instancias: una vía administrativa, que somos nosotros; y la vía penal, que tiene el monopolio la Fiscalía, pero por lo menos en lo personal, yo he sido del criterio que cuando se incorporó la figura del delito de enriquecimiento ilícito prácticamente quitó cualquier otra instancia, ¿por qué? Porque aunque somos una instancia administrativa pero ¿a qué concluimos?, si nosotros encontramos un enriquecimiento ilícito acá, ¿qué nos toca?, no lo vamos a seguir por vía de nuestra ley, porque ahora es delito, entonces se informa a la Corte para que certifique la información a la Fiscalía General para que ellos inicien el juicio de enriquecimiento ilícito conforme al Derecho Penal, si no hay indicios en que haya dolo en la mala administración y la adquisición del dinero, que puede haber un incremento al final de su gestión de acuerdo a la Ley, se certifica, se manda a la Fiscalía para que inicie un juicio civil, donde simplemente se le condena al funcionario a devolver el dinero en exceso que no pudo comprobar y que no tuvo ningún dolo al obtenerlo.

3.- ¿Cuáles son las herramientas que utilizan para la verificación de si hay o no enriquecimiento ilícito?

R// El detalle aquí es que la herramienta principal que contempla la Ley de Enriquecimiento Ilícito es la declaración jurada de patrimonio, de ahí partimos. Teniendo la declaración puedes hacer cualquier cosa, podés verificarla, dependiendo de la

información que traiga el servidor: si son propiedades te vas al Registro, si son ingresos te vas a la Dirección de Impuestos Internos, y ahí los pedís o la misma institución donde labora el servidor público o si tiene ingresos, porque puede ser un concejal que recibe dietas de parte de la alcaldía, pero puede tener un empleo en una empresa privada; el alcance nuestro llega a todas las persona naturales y a cualquier empresa, tenemos facultades para poder comprobar esa información.

4.- ¿Necesitan más herramientas o así están bien?

R// Aquí hay una Sección de Auditorías donde se analiza el balance de todo el año para poder detectar todas esas operaciones contables, pero si cualquiera de ustedes o nosotros que somos personas que sólo vivimos de nuestro empleo, desde ese punto no hay que hacer mayor contabilidad, si yo soy comerciante, empresario, industrial tengo una serie de actividades alrededor de mis actividades laborales, de lo que ellos declaran es que aquí se verifica.

5.- ¿Existe un formato para entregar la declaración jurada?

R// Este es el formato (y lo muestra), es un formato que se va modificando, no hay un tiempo establecido; conforme a las necesidades que vamos teniendo de tratar de verificar la información... digamos una forma más sencilla al declarante, la actividad económica

va creciendo, yo puedo ser accionista del banco x, entonces en la declaración se debe decir de qué banco soy accionista, así se va modificando el formato hasta lo último que debo. Este formulario es estándar, es el mismo que llena el señor presidente de la República y el mismo que llena el que maneja una caja chica de mil pesos, entonces es exactamente el mismo, entonces ¿cuál es la diferencia?, aquí hay un consolidado del declarante y del grupo familiar, aquí la parte de los ingresos, la primera parte la información personal, el cargo, segundo son los activos y los pasivos, ingresos y egresos; entonces, le proporcionamos una guía de ejemplos de cómo ellos deben de presentar la información, a parte de lo que ellos están presentando en el formulario; pueden ampliar de acuerdo a su patrimonio o simplemente pueden hacerlo más pequeño conforme a su patrimonio, por eso es que se le facilita mejor a ellos y a nosotros el que ellos nos presenten los anexos así nosotros sólo les damos las guías.

6.- ¿Los servidores tienen que venir a retirar esa declaración o la sección se las envía?

R// Es en ambos, porque cuando nosotros vamos se los dejamos, por eso tenemos un funcionario enlace. Muchas veces al funcionario enlace se le proporciona cierta cantidad de acuerdo al universo de obligados que tenga la institución, muchos de los servidores vienen a retirarlo de acá, otros lo que hacen es bajarlo de la página web, lo imprimen, lo trabajan y lo regresan.

7.- ¿Explíquenos eso de las dos instancias en el enriquecimiento ilícito, que la jurisdicción administrativa ya no fue aplicada porque se sigue la penal?

R// Pues prácticamente la jurisdicción administrativa nunca se aplicó. ¿Por qué nunca se aplicó? (pregunta un integrante del equipo) Hay muchos factores, la primera que a partir del dos mil es que esta unidad ha cobrado un poco de vida, antes esto estaba muerto. La oficina existía pero sólo era el director y una secretaria para todo el trabajo, pero no había ni trabajo porque no había cultura del cumplimiento de las obligaciones de esta ley, acordémonos que a nadie le gusta declarar, a nadie le gusta que les cuenten las costillas. A partir del dos mil es que esta unidad se comenzó a reactivar de a poquito y entonces fue creando una conciencia y un poco de cultura sobre las obligaciones de él, esto es una lucha en contra de la marejada que viene; pero íbamos ganando terreno, entonces esto antes del dos mil esto era nulo, la gente se dedicaba a recibir una declaración aquel que por su buena voluntad la traía y simplemente se le ponía una carátula y se archivaba nada más. Entonces nunca hubo una investigación en la cual se le dijera mire usted aquí no declaró una propiedad, mire que en su balance deben de darse esto para que se complemente su información. Ahora se le dice como va hacer su balance para sus gastos porque todos tenemos un presupuesto para vivir y ahí en la entrada hay un pequeño presupuesto y digo gano tanto y gasto tanto me queda tanto para ir al cine, tomando en cuenta que esta el año 2000 comenzamos a reactivar esa unidad. Lo que hay es una sanción de multa para la no presentación de la sanción de la multa, es en dólares a pesar que la Ley dice que sea en colones y se impone de acuerdo al empleo

que tiene y la Ley establece para imponer la multa la jerarquía del funcionario, el patrimonio del servidor público y la contumacia, renuencia del servidor, el no querer hacer efectiva la declaración; todos esos detalles se toman en cuenta pero al fin de tanto nosotros sólo hacemos los proyectos y la Corte es la que impone la multa

9.- ¿Qué cambios considera necesario para fortalecer la Sección?

R// Un tribunal de Probidad que tenga las facultades necesarias para investigar y hacer las auditorias correspondientes, poder tener la capacidad de juzgar, así como el Tribunal de Ética que ha nacido muerto porque sus opiniones no son vinculantes, en vez de eso se hubiera creado un Tribunal de Probidad. Es una realidad y necesidad muy grande que nuestro país tiene pero de primas a primas es una reforma constitucional, el Art. 240 que contempla que hay dependencia de la Corte mientras no se reforme la Constitución esto tiene que estar dentro de la estructura administrativa de la corte y además siempre estamos amarrados por la camisa de fuerza de la Constitución, que no se permite hacer otras cosas porque puede ser inconstitucional. Es más, hemos trabajado en un anteproyecto de ley que está en la Asamblea pero bajo los mismos lineamientos que se establece en la Constitución, lo ideal sería reformar la Constitución, en ningún país la Sección de Probidad encaja en la Constitución y no se sabe porqué, ya sea por accidente histórico, mientras esté eso en la Constitución nosotros seguimos bajo la estructura de la Corte.

Las declaraciones patrimoniales no son públicas y si yo fuera el funcionario no declarara, porque si no fuera sujeto de secuestro, pero en otros países publican consolidados en Argentina, Chile. El valerse del puesto puede recaer en cohecho activo y pasivo que existe en los países más desarrollados y en la cultura nuestra no lo tenemos, y esto de la Probidad no sólo es de nuestro país; hasta en Japón se han suicidado ministros por malversación de fondos sino que es una cuestión universal pero parte de la cultura. No tenemos un presupuesto independiente y cuando necesitamos algo hay que irse por las vías que ya están establecidas, esto lo hace un poco complicada la situación, porque la estructura administrativa está fuera de la jurisdiccional, dependemos de esa disposición de la Constitución.

Actualmente no se investiga a ningún funcionario por Enriquecimiento Ilícito no porque acordarte que la base de la investigación es el análisis y hasta ahorita los análisis han salido bien sólo dar detalles pero son subsanables, la investigación se llega hasta un balance certificado y si lo presenta se termina y es todo lo que necesitamos, siempre con la misma institución para corroborar los datos, le mandamos a llamar y decimos mire usted ha puesto de gastos de doce mil dólares quiere decir que se gasta mil dólares, pero sus ingresos son cincuenta mil dólares, no habrá un error en los gastos, presénteme un detalle y lo presenta y lo revisamos, no mire no me lo he ganado vuélvame a estructurármelo.

10.- *¿Debe ser eliminado el secreto bancario a efectos de facilitar la investigación del delito de enriquecimiento ilícito?*

R// No, (responde con vehemencia el Dr. Vanegas, jefe de la Sección) el día que se elimine el secreto bancario yo no deposito ni un centavo en un banco.

11.- *¿Deberían ser públicas las declaraciones patrimoniales?*

R// No, porque se puede ser sujeto de secuestros. ¿Y en aras de la transparencia así como lo hacen países como Argentina? (pregunta un miembro del equipo investigador), tampoco, mejor prefiero que me sancionen, que me impongan una multa y no que se haga pública mi declaración patrimonial.

Interpretación

Estableciendo una comparación entre las respuestas ofrecidas en las entrevistas no estructuradas con las proporcionadas por el jefe y sub jefe de la Sección de Probidad, se aprecia una contradicción: por un lado, los especialistas entrevistados consideran que para prevenir y sancionar efectivamente el enriquecimiento ilícito se debe dotar de más independencia a la Sección de Probidad; mientras que el jefe y sub jefe consideran que están bien así porque ellos son un apéndice de la Corte Suprema de Justicia.

Misma situación se presentó con el secreto profesional. Los especialistas entrevistados manifestaron que debe ser eliminado en aras de facilitar la investigación del enriquecimiento ilícito; y por su parte, el jefe de la Sección expresó que no debe ser eliminado tomando en cuenta que esto redundaría en arbitrariedades y en desconfianza e incertidumbre de los usuarios del sistema financiero, lo cual está de más porque el secreto bancario al que siempre se ha aludido es aquel que está relacionado directamente con la investigación a un servidor público por un aumento patrimonial injustificado, no es para cualquier persona ni por cualquier motivo.

Otro aspecto que llama la atención, es que el jefe de la Sección manifestó estar en contra de la publicidad de las declaraciones patrimoniales. Resulta peligroso que la entidad encargada de la transparencia administrativa de los servidores públicos sea la primera en negarle a la sociedad el derecho de conocer su patrimonio al momento de ingresar a la función pública y cuando finaliza el ejercicio del cargo. Si no se quiere presentar públicamente una declaración patrimonial detallada, por lo menos se podrían ofrecer los consolidados globales de activo y pasivo para que las personas se forjen una idea del patrimonio del servidor público.

4.2.- MEDICIÓN EN EL ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.2.1.- Solución del Problema de Investigación

ENUNCIADO DEL PROBLEMA

A) PROBLEMA FUNDAMENTAL

¿Estará siendo aplicado el tipo de enriquecimiento ilícito, regulado en el Art. 333 del Código Penal, de manera eficaz en la zona oriental de El Salvador?

El enunciado fue completamente solucionado, tanto en su problema fundamental como en los aspectos específicos, principalmente a través de la investigación de campo.

El problema fundamental se refiere a la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito. Los instrumentos de la investigación han comprobado que esta norma no tiene la eficacia esperada; la pregunta 19 de la encuesta se refería a la aplicación del tipo y el 68% de los encuestados respondió negativamente. La realidad demuestra que en El Salvador no existen condenas a servidores públicos por la consumación del delito, a pesar que, como lo evidencian las encuestas, la percepción de la sociedad estima que es un acto de corrupción muy frecuente en el país.

B) PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- ¿Será el delito de enriquecimiento ilícito una forma recurrente de corrupción dentro de la Administración Pública?

El primer problema específico fue comprobado a través de la encuesta. La pregunta número 9 estaba dirigida a cuestionar sobre el conocimiento de casos de enriquecimiento ilícito y el 72% respondió afirmativamente. Ello corrobora que este delito es una conducta de corrupción recurrente en la Administración Pública, y se realiza mediante la consumación de cualquiera de los tipos penales que protegen tal bien jurídico.

- ¿Son los institutos políticos obstáculos para la persecución penal efectiva de este delito?

El segundo problema específico se refiere a la obstaculización que puedan ejercer los partidos políticos para investigar el enriquecimiento ilícito. Durante la entrevista no estructurada se cuestionó al Lic. Martín Martínez sobre esta situación. Manifestó que: “el Ministerio Público es independiente, pero la elección es política, de segundo grado; la partidocracia, incluida la del Fiscal; es cómo se va a estructurar el Ministerio Público...tiene que tener independencia”. Partiendo que la Asamblea Legislativa es quien elige al Fiscal General de la República no existe plena independencia.

- ¿Será el enriquecimiento ilícito una barrera para la realización de obras de beneficio social?

El tercer problema se comprobó a través de la encuesta. La pregunta número 11 se refiere a la disminución de los recursos económicos de la Hacienda Pública y Municipal que causa el enriquecimiento ilícito, y el 94% respondió afirmativamente. Al quedar las instituciones públicas con menos recursos es evidente que las obras de beneficio común serán menores y de más baja calidad porque el provecho personal que obtiene el servidor público impide la ejecución de planes y políticas a que están comprometidos las instituciones del Estado.

- ¿Bastará la actual regulación legal sobre enriquecimiento ilícito para proteger a la Administración Pública?

Con respecto al cuarto problema, se ha de inferir que no se puede afirmar o negar su bastedad porque aún no existen condenas a servidores públicos por el delito de enriquecimiento ilícito. En consecuencia, el examen del tipo penal se debe realizar en el plano ideológico-teórico, y en este sentido, según el Lic. Martín Martínez, la configuración típica del enriquecimiento ilícito está bien formulada.

- ¿Se cumplirá con el perfil constitucional determinado para los servidores públicos en cuanto a la aspiración y ejercicios de sus funciones?

Finalmente, el perfil constitucional del servidor público fue desarrollado en un apartado incluido en las generalidades sobre el delito de enriquecimiento ilícito. El perfil constitucional es una especie de tamiz que ejerce un filtro sobre los aspirantes a participar en la Administración Pública para que no todos puedan ingresar a ella. Así, deben llenar a cabalidad todos los requisitos exigidos, los cuales se pueden resumir en tres: preparación académica, capacidad e idoneidad y moralidad notoria. Las prácticas de corrupción en El Salvador demuestran que básicamente sólo cumplen con el primero de ellos, el cual es de tipo formal. Sin embargo la capacidad, y sobre todo la idoneidad y moralidad notoria, no son plenamente satisfechas y por lo tanto se da un cumplimiento errado de la función pública que deviene en perjuicio de la Administración y de la sociedad.

4.2.2.- VERIFICACIÓN Y DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

Hipótesis Generales

- El enriquecimiento ilícito es un tipo penal cualificado que protege la administración pública, sin embargo su constitucionalidad es cuestionada por violentar los principios de presunción de inocencia y la carga de la prueba, lo cual genera diferentes interpretaciones e impunidad judicializada.

Este objetivo fue cumplido en dos momentos: primero, al dedicársele un apartado especial para analizar su constitucionalidad, tomando como parámetros los aportes ofrecidos por la doctrina, tanto por quienes propugnan su adecuación a la Constitución como por aquellos que alegan su inconstitucionalidad. Comparando ambas posturas, se llegó a ratificar la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito.

El segundo momento, se cumplió durante la entrevista no estructurada. En ella, se cuestionaba sobre la alegada violación a los principios de presunción de inocencia y la carga de la prueba, a lo que los profesionales entrevistados manifestaron que no se violaban.

- El enriquecimiento ilícito es un tipo penal para sancionar el incremento patrimonial injustificado de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, a pesar de ello no es aplicado debido a la falta de persecución penal, y por lo tanto resulta ser ineficiente para evitar la corrupción.

Esta hipótesis fue comprobada con la investigación de campo, donde se pudo evidenciar, a través de las respuestas obtenidas con los diferentes instrumentos, que el enriquecimiento ilícito es un tipo penal no aplicado en El Salvador por variadas razones, y la persecución penal es una de ellas. Su eficiencia para evitar la corrupción no pudo ser medida porque en el país no existe ninguna condena por el delito de enriquecimiento ilícito, no hay jurisprudencia en los tribunales de sentencia ni jurisprudencia constitucional, por lo tanto, la corrupción debe ser evitada inicialmente por la aplicación efectiva de los otros tipos penales que protegen la Administración Pública, y que la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento ilícito posibilite su aplicación en defecto de cualquiera de ellos con el objetivo de prevenir y sancionar las conductas típicas que afectan la función pública.

Hipótesis Específicas

- El enriquecimiento ilícito es un tipo penal no aplicado debido al desconocimiento del tipo penal y encubrimiento del Ministerio Público Fiscal para perseguir efectivamente el delito.

La investigación de campo permitió comprobar esta hipótesis. Tanto la encuesta como las entrevistas semi estructuradas y no estructuradas demostraron el desconocimiento de los agentes auxiliares del Fiscal General para ejercer efectivamente el monopolio de la persecución del delito. La pregunta número 15 versó sobre la

adecuada investigación de esta institución del Estado y el 92% de los encuestados respondió negativamente. En la pregunta número 18 se formuló la interrogante sobre la capacidad de la PNC y la FGR para perseguir los actos de corrupción y el 86% de los encuestados manifestó que no la tienen.

Con respecto a la entrevista semi estructurada, el contenido de las respuestas de los fiscales encuestados demuestra cierto desconocimiento del tipo de enriquecimiento ilícito, especialmente al confundir la conducta típica de este delito con la de los otros tipos penales que resguardan la Administración Pública, la naturaleza subsidiaria del enriquecimiento y las formas en que se puede cometer.

Las entrevistas no estructuradas, siguen la línea de desconocimiento por parte de los agentes auxiliares, situación que se explica por la poca preparación técnica que reciben los fiscales en cuanto a tipos penales como el enriquecimiento ilícito, cohecho, peculado, malversación, etc.

- El enriquecimiento ilícito es una conducta de los servidores públicos corruptos, y por tanto perjudicial a la Administración Pública, sin embargo, es una actitud ya socializada y culturizada que trae como consecuencia el retraso en el desarrollo económico y social.

Mediante la encuesta se comprobó que existe una actitud socializada y culturizada porque la mayoría de los encuestados manifestó conocer la existencia del

delito, quiénes lo pueden realizar y la conducta típica, sin embargo, casi unánimemente se pronunciaron en que la aplicación del tipo es nula, todo lo cual conlleva a que el enriquecimiento ilícito se tenga como una conducta recurrente en la Administración Pública a la que el poder punitivo del Estado no alcanza.

- La adecuada persecución del enriquecimiento ilícito por las instituciones correspondientes, se fundamenta en la colaboración con la contraloría de la República, otras entidades del Estado y los organismos financieros privados con la Fiscalía General de la República, no obstante en la realidad la coordinación inter institucional no funciona por no existir una legislación efectiva que regule sus relaciones con el propósito de prevenir el delito dando como consecuencia investigaciones deficientes.

Para que el enriquecimiento ilícito sea prevenido, y especialmente sancionado, se requiere que haya una relación inter institucional de cooperación entre la Fiscalía General de la República e instituciones como la Sección de Probidad y el sistema financiero. Sin embargo, en la praxis la comunicación aludida no se concreta. Incluso, durante una entrevista con el jefe y el subjefe de la Sección, se comprobó que el control que ejercen es mínimo debido a diferentes razones: poco personal, y presupuesto, y porque ellos no esperan a que su unidad de análisis establezca una presunción de

enriquecimiento, las diligencias las tramita la Fiscalía, por lo general, antes que Probidad realice un análisis profundo y objetivo del patrimonio del servidor público.

Con respecto al sistema financiero, existe indiferencia a la cooperación inter institucional al ser ellos mismos quienes solicitaron a la Corte Suprema de Justicia que despojara a la Sección de Probidad de la facultad de pedir informes a los bancos para que fuera la Corte en pleno quien lo hiciera, a lo cual accedió el máximo tribunal de justicia del país, a pesar que la aplicación de la Ley de Enriquecimiento Ilícito es competencia de la Sección y a esta facultad se refiere tal norma jurídica.

- La actual legislación penal sobre el enriquecimiento ilícito está vigente desde mil novecientos noventa y ocho, ha diez años de su promulgación se vuelve necesaria actualizarla sobre los avances que ha tenido este tipo en el Derecho Comparado con el propósito de prevenir el delito y hacer una regulación más amplia sobre la conducta típica.

Esta hipótesis se comprobó a través de las entrevistas no estructuradas en donde los profesionales encuestados coincidieron en que debe reformarse la actual regulación sobre enriquecimiento ilícito, sobre todo en el entendido de incorporar a la conducta típica el incremento patrimonial obtenido mediante otras acciones ilícitas, como el lavado de activos. En otras palabras, no sólo se debe proteger la Hacienda Pública o Municipal si no también el origen de fondos que no provienen del Estado.

Esta necesidad de reforma es para adecuarla a la variedad de comportamientos delictivos que puede adoptar un servidor público para enriquecerse ilícitamente, porque no puede predicarse un contenido ineficiente de la actual descripción típica del Art. 333 del Código Penal si no existen casos judicializados por el delito de enriquecimiento ilícito.

4.2.3.- LOGRO DE LOS OBJETIVOS

OBJETIVOS GENERALES

- Estudiar el delito de enriquecimiento ilícito según el ordenamiento jurídico salvadoreño desde las perspectivas constitucional y de las leyes secundarias vinculadas con el problema objeto de la investigación.

Este objetivo se comenzó a cumplir desde que se abordaron los Elementos Básicos Históricos, en donde se hizo un estudio cronológico del enriquecimiento ilícito desde la primera Constitución de la República hasta la que actualmente está vigente, igual análisis se realizó con respecto a los Códigos Penales. Se analizaron los tratados internacionales relacionados con el delito (porque son leyes de la República) y las leyes administrativas que se vinculan con la conducta típica.

- Examinar la figura del enriquecimiento ilícito para verificar su aplicabilidad y eficacia en el proceso penal.

Este objetivo se logró cumplir con la investigación de campo, en donde a través de la encuesta y las entrevistas semi estructuradas se comprobó que el tipo penal de enriquecimiento ilícito no tiene aplicabilidad porque en El Salvador no existen casos judicializados y sentenciados por este delito.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar sobre la historia del delito de enriquecimiento ilícito.

En el Capítulo II se dio a conocer la historia del delito, partiendo de sus orígenes más remotos hasta arribar a la Edad Contemporánea, tanto desde una perspectiva universal como desde la historia propia de Centroamérica.

- Clasificar el enriquecimiento ilícito según la doctrina.

En los Elementos Básicos Teóricos se hizo la clasificación del tipo penal de enriquecimiento ilícito agrupándolo en cuatro importantes categorías: según su estructura, por la modalidad de la conducta, por la modalidad de los sujetos y por la modalidad del objeto.

- Estructurar el tipo de enriquecimiento ilícito.

En el Capítulo II, en lo relativo a los Elementos Básicos Teóricos, se elaboró la estructura del tipo penal de enriquecimiento ilícito según los aportes de la Teoría Finalista del Delito y el post finalismo, analizando la conducta prohibida en cuatro extractos fundamentales: Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad.

- Investigar jurisprudencia nacional sobre el delito de enriquecimiento ilícito.

La investigación documental permitió determinar que en El Salvador no existe jurisprudencia sobre el delito de enriquecimiento ilícito ni por parte de los tribunales de sentencia ni por las Salas de lo Constitucional o Penal, por lo que hubo necesidad de recurrir a casos de servidores públicos en otros países de América Latina.

- Analizar los tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador relacionados con el enriquecimiento ilícito.

En los Elementos Básicos Jurídicos se analizaron los dos tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, estos son la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. También fueron abordados en la encuesta y en las entrevistas semi estructurada donde se comprobó que la mayoría de los encuestados y entrevistados no tiene conocimiento sobre esos instrumentos internacionales, y quienes sí lo conocen no han estudiado su contenido normativo.

- Confrontar la legislación penal del delito de enriquecimiento ilícito con la de otros países de Iberoamérica.

En los Elementos Básicos Jurídicos se realizó un estudio de Derecho Comparado para confrontar la legislación penal salvadoreña sobre enriquecimiento ilícito con la regulación que sobre el mismo delito hacen otros países de América Latina; se extrajeron sus semejanzas y diferencias.

- Determinar las causas que originan el delito de enriquecimiento ilícito.

La investigación demostró que las causas son múltiples: incumplimiento del perfil constitucional diseñado para aspirar a ejercer la función pública, ambición de poder y la inaplicación del tipo penal que conlleva a que no cumpla con su ideal disuasivo y conminativo.

- Identificar los motivos que impiden la aplicación efectiva de la figura de enriquecimiento ilícito.

Con la investigación de campo se comprobó que principalmente los motivos que impiden la aplicación efectiva del tipo son de carácter político, desconocimiento jurídico, poca capacidad técnica de la Fiscalía General de la República, ineficiencia e inexistencia de cooperación inter institucional.

- Elaborar propuesta de reforma del artículo 333 del Código Penal que garantice mayor eficacia mediante la persecución penal efectiva.

En el Capítulo V, en las recomendaciones se sugiere reformar el Art. 333 del Código Penal con el propósito de aclarar la conducta típica e incluir otros comportamientos que en el Derecho Comparado ya son punibles. En las propuestas se da a conocer la nueva redacción del tipo, según el criterio del equipo investigador.

CAPÍTULO V
SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO V

SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1.- CONCLUSIONES

5.1.1.- Conclusiones Generales

Conclusiones Doctrinarias

1. El enriquecimiento ilícito es un tipo penal ampliamente discutido en la doctrina por su aparente violación a los principios de presunción de inocencia y de la carga de la prueba. Aunque la pugna entre los autores del Derecho Penal es constante, la tendencia es a considerar el enriquecimiento ilícito como un tipo penal conforme a la Constitución, y que no violenta ninguno de los principios mencionados porque con esa presunción de enriquecimiento ilícito no se está considerando como culpable al servidor público sin ser debidamente juzgado de acuerdo a las reglas del debido proceso, tal y como lo señala el Art. 12 de la Constitución. El servidor público tiene la oportunidad de rendir la prueba que desvirtúe cualquier sospecha sobre el incremento patrimonial.
2. La participación de la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial injustificado del servidor público ha sido discutida por los doctrinarios. El fundamento de ello es que el legislador le impone la misma pena de prisión en abstracto que al servidor público; sobre todo porque el Derecho

Penal General determina la prisión para los casos de participación. Se ha concluido que si bien es cierto esta regla de punición se aparta de las reglas generales, la justificación de ello son razones de política criminal y la dificultad probatoria que implica el enriquecimiento ilícito, más aún cuando el servidor público se auxilia de un extraño a la Administración Pública para acrecentar su patrimonio.

Aunque el Derecho Comparado demuestra que muchas legislaciones han abandonado la persecución del testafierro, en países como El Salvador es necesario continuar penándolo porque la realidad evidencia que las conductas corruptas son una constante.

Conclusiones Jurídicas

1. Se ha determinado que la naturaleza jurídica del tipo penal de enriquecimiento ilícito es de subsidiariedad o residual. Esto significa que es un tipo que se aplica en defecto de los otros tipos penales que protegen la Administración Pública (peculado, cohecho, negociaciones ilícitas, malversación, etc.) y que no es posible imputarlos por falta de pruebas pero que es notorio el aumento patrimonial que ha experimentado un servidor público. Del texto del Art. 333 del Código Penal se debe inferir la naturaleza subsidiaria, a diferencia de como

ocurre en los ordenamientos jurídicos penales de otros países en donde la subsidiariedad es manifiesta.

Se concluye que en El Salvador no existen casos de condena, absolución o sobreseimientos por el delito de enriquecimiento ilícito porque las conductas corruptas quedan circunscritas en los otros tipos penales y se persiguen a través de ellos.

2. Para el delito de enriquecimiento ilícito, además del Código Penal, existe la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos que data de 1959 y que hasta la fecha nunca ha sido aplicada. La entidad encargada de hacer efectiva esta Ley es la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia. Esta inaplicabilidad demuestra que esta instancia administrativa es muy poco eficaz en el control del enriquecimiento ilícito. Es de hacer notar, que la Ley regula el enriquecimiento ilícito años antes que apareciera por primera vez en el Código penal de 1973, por lo cual se ha de inferir que las funciones de la Sección de Probidad en cuanto al control de esta conducta prohibida es prácticamente nulo, y a lo único que le da prioridad es al recibimiento de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos, que es un mero formalismo.

Conclusiones Socioeconómicas

1. El delito de enriquecimiento ilícito es una conducta prohibida que trae severas repercusiones para la Administración Pública. No se debe olvidar que el fin del Estado es la persona humana, y en ese sentido, debe poner a su disposición todos los recursos que permitan su pleno desarrollo y el goce de una vida digna. Sin embargo, es evidente que el enriquecimiento ilícito provoca disminución de los recursos económicos con que cuenta la Administración para cumplir con sus políticas de atención y servicio a la sociedad. Se ven afectadas la Hacienda Pública y Municipal (según el caso), y es por esta razón, que como parte de la sanción impuesta al servidor público hallado culpable del delito, debe restituirle al Estado todo lo que hubiere percibido ilegalmente, esto se logra a través del comiso.
2. El enriquecimiento ilícito no sólo afecta a la Administración Pública, directamente también se perjudica a la sociedad porque es la destinataria de todas las acciones que realiza el Estado. Por ejemplo, que un alcalde se esté enriqueciendo ilícitamente implica la no ejecución de proyectos locales de agua, iluminación, mantenimiento y mejora de las vías de comunicación, entre otras muchas actividades que deben desarrollarse a favor de los gobernados. De ahí la imperiosa necesidad de prevenir y sancionar el enriquecimiento ilícito, y es en cumplimiento de la finalidad y razón de ser del Estado.

Conclusiones Culturales

1. Todas las personas que decidan participar activamente en el ejercicio de la función pública deben poseer cualidades morales, sólidos principios y valores. A ello se refiere la Constitución de la República cuando, al determinar el perfil de los servidores públicos, exige que sean de moralidad notoria, personas que tienen el reconocimiento de los demás.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito pretende proteger la moralidad de la función pública, tal y como le llamaban en el Derecho Romano.

2. El poder político siempre ha sido fuente de corrupción, desde los tiempos más antiguos hasta los contemporáneos; la ambición de poder y riqueza ha estado presente en la mente del hombre. Cuando un servidor público se enriquece ilícitamente está fallando a los principios que rigen la actuación individual, los valores que le fueron inculcados desde la infancia por la familia, la escuela y la iglesia. Sin embargo, aparte de fallarse a sí mismo, le falta a los principios que gobiernan la función pública y que sirven de directriz y de fundamento para el adecuado ejercicio del poder.

Se denota, entonces, que cuando un servidor público incrementa su patrimonio injustificadamente, es porque no han sido eficientes los controles de la criminalidad, tanto en las formas de control primarias no penales como el control social formal.

5.1.2.- Conclusiones Específicas

1. El enriquecimiento ilícito no violenta los principios de presunción de inocencia y de la carga de la prueba.
2. El servidor público tiene la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. Por ejemplo, puede justificarr su incremento patrimonial probando que lo obtuvo por medio de una herencia, o porque se ganó la lotería.
3. La calidad de inocente se mantiene hasta que no se pruebe lo contrario de acuerdo a las reglas del debido proceso.
4. La igualdad de la pena en abstracto que impone el legislador al testafarro en relación al servidor público se justifica por razones de política criminal.
5. Que el legislador determine la pena imponible al testafarro en la Parte Especial del Código Penal también se justifica por las dificultades probatorias que implica el enriquecimiento ilícito.
6. El enriquecimiento ilícito tiene una naturaleza subsidiaria.
7. En El Salvador, la subsidiariedad del tipo penal no es expresa.
8. La ley administrativa que se aplica a la conducta típica del Art. 333 del Código Penal, es la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos.

9. El organismo encargado de aplicar la Ley de Enriquecimiento Ilícito es la Sección de Probidad, dependencia de la Corte Suprema de Justicia.
10. En casi 50 años de vigencia, la Ley de Enriquecimiento Ilícito nunca ha sido aplicada.
11. El enriquecimiento ilícito afecta a la Administración Pública al disminuirle los recursos económicos.
12. La sociedad resulta afectada porque es la destinataria del uso correcto que debe hacer el Estado de la Hacienda Pública y Municipal.
13. El funcionario encontrado culpable del delito de enriquecimiento ilícito debe restituirle al Estado todo lo que haya percibido ilegalmente.
14. Los servidores públicos deben ser personas con sólidos principios morales y éticos.
15. Los cargos públicos siempre han sido fuente de poder y corrupción, de ahí que los servidores públicos sean de personas de moralidad notoria.

5.2.- RECOMENDACIONES

Con el propósito que los resultados de la investigación sobre el tema en estudio ayuden a mejorar la persecución, con ello la aplicación y eficacia del delito de enriquecimiento ilícito se realizan las siguientes recomendaciones.

Al Órgano Judicial. Corte Suprema de Justicia

1. La facultad de pedir a los bancos privados los estados de cuentas de los servidores públicos investigados, debe ser de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia y no de la Corte en pleno, por lo tanto, debe derogarse el acuerdo mediante el que se le quitó la facultad.
2. A la Corte Suprema de Justicia ordene la publicación de los consolidados de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos a través de la Sección de Probidad.

A los Jueces

1. Estudio sobre el delito de enriquecimiento ilícito para que cuando se sometan causas a su conocimiento, las resuelvan conforme a la ley.

A las Bibliotecas Judiciales

1. Que adquieran libros sobre el delito de enriquecimiento ilícito para que los estudiantes y profesionales de las Ciencias Jurídicas tengan más facilidades de consulta bibliográfica.

Al Órgano Judicial. Asamblea Legislativa

1. Creación del Código del Servidor Público, que homogenice todas las leyes administrativas hasta ahora vigentes, que determinen sus competencias y sanciones.
2. Que otorgue a la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia mayor independencia, con el propósito de perseguir y descubrir los actos de enriquecimiento ilícito de manera más eficiente.
3. Despartidizar la elección del Fiscal General de la República, para que en el ejercicio de sus funciones dependa única y exclusivamente de la aplicación de la Constitución y las leyes de la República.
4. Que en atención a la elección de los cargos establecidos en el artículo 131 numeral 19 de la Constitución se guíe únicamente por los requisitos exigidos por la Constitución para ocupar estos cargos.
5. Que apruebe una ley donde se garantice la independencia de la Sección de Probidad con respecto a la Corte Suprema de Justicia y la publicidad de los consolidados de las declaraciones de los servidores públicos obligados a hacerlo, en ese sentido observar el Anteproyecto de Ley de Probidad en discusión en la Asamblea Legislativa en sus artículos 12, 16 lit f, 17, 21, 23,24 y 44.
6. Que en la discusión del Anteproyecto de Ley de Probidad actualmente en la Asamblea Legislativa se apruebe sin modificación el texto original del artículo 25.

7. Que en la creación de la Ley de Probidad se modifique el artículo 20 sobre la elección del Jefe de la Sección de Probidad de manera que sea elegido por la Asamblea Legislativa de una terna propuesta por las Organizaciones no Gubernamentales de probidad en el país.
8. Que reforme el Art. 333 del Código Penal con el propósito de facilitar la comprensión de la conducta típica y que se agreguen nuevos comportamientos criminales.

Fiscalía General de la República

1. Descentralizar la investigación de los delitos relativos a la Administración Pública.
2. Garantizar la independencia de los agentes auxiliares del Fiscal General, en la investigación de los delitos contra la Administración Pública y especialmente sobre el delito de enriquecimiento ilícito.
3. Apoyar a los auxiliares del Fiscal en la persecución del delito de enriquecimiento ilícito.

Procuraduría General de la República

1. Que dentro del plan de capacitaciones a los Procuradores se priorice el estudio sobre los delitos contra la Administración Pública, con el propósito de conocer

más a fondo sobre las particularidades de estos tipos penales y proporcionen un mejor servicio a la ciudadanía que lo requiera.

Abogados en el Libre Ejercicio

- 1 Como conocedores de Derecho y en especial de Derecho Penal, se motiven sobre el estudio de los delitos relativos a la Administración Pública y que le den importancia relevante al delito de enriquecimiento ilícito debido a la complejidad de su persecución y gravedad de sus consecuencias en la sociedad.

A la Universidad de El Salvador

A los Docentes

1. Que se instruyan más sobre delitos como el enriquecimiento ilícito para que puedan explicarlo con profundidad a los estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.
2. Que expliquen a los estudiantes los tratados internacionales que regulan los delitos contra la Administración Pública.

A la Biblioteca Universitaria

1. Que adquiera material bibliográfico sobre delitos contra la Administración Pública, entre ellos, incluyendo el delito de enriquecimiento ilícito.

Organizaciones no Gubernamentales

- 1- Que exijan una nueva Ley de Probidad en el país que garantice la independencia de esta Institución.
- 2- Que exijan su inclusión en la nueva Ley de Probidad, en el sentido de poder proponer desde su seno a la Asamblea Legislativa candidatos a jefes de esta Institución.
- 3- Que exijan al Fiscal General de la República la persecución efectiva del delito de enriquecimiento ilícito en el país.

5.3.- PROPUESTAS

Al finalizar la investigación del tema en estudio y con la finalidad de colaborar en la persecución judicial efectiva de los delitos de enriquecimiento ilícito hacemos las siguientes propuestas.

ASAMBLEA LEGISLATIVA

1. Que el jefe titular y adjunto de la Sección de Probidad sean elegidos por la Asamblea Legislativa de ternas propuestas por las Organizaciones no gubernamentales de probidad en el país.
2. Que el jefe y adjunto de la Sección de Probidad rindan cuentas a la Asamblea Legislativa mediante interpelación, en ese sentido se promuevan las reformas Constitucionales pertinentes.
3. Reformar la Constitución en su artículo 131 en el numeral 19 y el artículo 128 numeral 9 en el sentido que la elección del Fiscal General de la República sea realizada por la Corte Suprema de Justicia, como una forma de garantizar la independencia en la persecución del delito.
4. Que reforme el Art. 333 del Código Penal de la siguiente manera: “Art. 333.- El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial injustificado, para sí o para un tercero, siempre que el hecho no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de ochenta a trescientos días multa.”

Se entenderá que existe enriquecimiento ilícito no sólo cuando el funcionario, autoridad pública o empleado público, no pueda acreditar el legítimo aumento de su patrimonio a través de dinero, cosas o bienes, si no también cuando se hubiere cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso , se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.

A LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. La descentralización de la investigación de los delitos contra la Administración Pública, mediante tres unidades especializadas de delitos de corrupción con sedes en las regiones Occidental, Central y Oriental.

BIBLIOGRAFÍA

❖ Textos Legales

1. Código Penal de Argentina
2. Código Penal de Colombia
3. Código Penal de Costa Rica
4. Código Penal de Cuba
5. Código Penal de Ecuador
6. Código Penal de El Salvador de 1826
7. Código Penal de El Salvador de 1859
8. Código Penal de El Salvador de 1893
9. Código Penal de El Salvador de 1904
10. Código Penal de El Salvador de 1973
11. Código Penal de El Salvador de 1998
12. Código Penal de México
13. Código Penal de Perú
14. Código Penal de Puerto Rico
15. Constitución de la República de El Salvador de 1824
16. Constitución de la República de El Salvador de 1841
17. Constitución de la República de El Salvador de 1864
18. Constitución de la República de El Salvador de 1871

19. Constitución de la República de El Salvador de 1872
20. Constitución de la República de El Salvador de 1880
21. Constitución de la República de El Salvador de 1883
22. Constitución de la República de El Salvador de 1886
23. Constitución de la República de El Salvador de 1939
24. Constitución de la República de El Salvador de 1950
25. Constitución de la República de El Salvador de 1983
26. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
27. Convención Interamericana contra la Corrupción
28. Decreto de Creación de la Comisión de Ética para la Función Pública
29. Decreto Ejecutivo: Normas Éticas para la Función Pública
30. Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos
31. Ley de Ética Gubernamental
32. Ley de la Corte de Cuentas de la República
33. Reglamento: Código de Ética del Servidor de la Corte de Cuentas de la República

❖ **Libros de Derecho**

1. Carlos A. Manfroni. La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y Comentada. Buenos Aires, Argentina.

2. Carlos Creus. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1981.
3. Claus Roxin. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos y Estructura de la Teoría del Delito. Thomson Civitas S.L. Impreso en España.
4. Edgar Alberto Donna. Delitos contra la Administración Pública. Colección Autores de Derecho Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Impreso en Argentina. 29 de junio de 2000.
5. Editorial Jurídica Bolivariana. Estudio de Derecho Penal Especial. Bogotá, Colombia. Mayo de 1996.
6. Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la Teoría del Delito. Buenos Aires, Argentina.
7. Fernando Velázquez Velázquez. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1994.
8. Francisco Moreno Carrasco, et al. Código Penal de El Salvador Comentado. Tomo II. Consejo Nacional de la Judicatura. Imprenta Nacional. Mayo de 2004.
9. Francisco Muñoz Conde. Derecho Penal. Parte General. Valencia, España. 2002.
10. Günther Jakobs. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1997
11. Hans Welzel. Teoría de la Acción Finalista. Astrea. 1951

12. José María Rico Luis Salas. La Corrupción Pública en América Latina. Impreso en Executek Rinting and Duplicating. Centro para la Administración de Justicia. Universidad Internacional de la Florida.
13. Miguel Alberto Trejo, et al. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ministerio de Seguridad Pública y Justicia. Impreso en El Salvador. 2001.
14. Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Fundamento y Teoría del Delito. Editorial PGU. Barcelona, España. 1990.

❖ **Otros Documentos**

A) **Revistas**

1. Corrupción: Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año y Número 1. Editores del Puerto. Impreso en Artes Gráficas Candil. Buenos Aires, Argentina. 1995.

B) **Tesis**

1. Deisy Elizabeth Alberto Hernández, et al. Cumplimiento de los Propósitos de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su Adecuación a la Legislación Penal Salvadoreña. San Salvador, El Salvador. Abril de 2006.
2. José Daniel Vega Guerra. Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos. San Salvador, El Salvador. 1976

3. Ulises Betuel Perla Rivera, et al. Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios Públicos. San Salvador, El Salvador. 1995.

C) Libros sobre otras Materias

1. Mario Tamayo Tamayo. El Proceso de la Investigación Científica.
2. Santiago Zorrilla. Metodología de la Investigación.
3. Severo Martínez Peláez. La Patria del Criollo. Ensayo de Interpretación de la Realidad Colonial Guatemalteca. Impreso en los Talleres de Ediciones en Marcha. 1994.

D) Diccionarios

1. Diccionario Jurídico Espasa. Impreso por Editorial Espasa Calpe, S.A. España. 1991.
2. Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
3. Marco Antonio Díaz de León. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. 2002.

E) Biblia

1. La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569). Revisada por Cipriano de Valera (1962). Edición 1979.

ANEXOS

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL CELEBRA COMPROMISO DE MONITOREAR ACCIONES

Transparency International es la organización mundial de la sociedad civil líder en la lucha contra la corrupción.

Representantes de Estados centroamericanos y de Transparency International (TI) acordaron los términos de monitoreo de la implementación de una declaración a través de la cual dichos países se comprometen a llevar a cabo medidas específicas contra la corrupción. La “Declaración de Guatemala por una Región Libre de Corrupción” representa una agenda común anticorrupción y fue firmada por los presidentes de Centroamérica y la República Dominicana en 2006 en el marco de la 12ª Conferencia Internacional Anticorrupción. La primera fase de la evaluación culminó en noviembre de 2008.

Emisarios de entidades estatales de Honduras, El Salvador, Costa Rica y Panamá y los capítulos nacionales de TI en la región, acordaron hacer dos veces por año una evaluación sobre el estado de implementación de los compromisos asumidos. “Este mecanismo de seguimiento refleja que los países centroamericanos quieren avanzar de manera conjunta en la lucha contra este problema”, agregó Silke Pfeiffer, Directora para las Américas de TI.

Dada la relevancia para la ciudadanía de prevenir la corrupción en los programas y fondos sociales y de controlar el financiamiento político y electoral se evaluó entre julio y noviembre de 2008, el cumplimiento de los compromisos relacionados con estos

temas. Entre otros siete temas elegidos para evaluar durante esta primera fase se encuentran: conflictos de interés, el acceso a la información, el servicio civil, y los mecanismos de denuncia y protección a testigos. Estos son también parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por lo cual se buscará unificar esfuerzos entorno a los distintos instrumentos anticorrupción vigentes.

“Aunque vemos algunos avances en la región, varios compromisos de la Declaración aún están pendientes de cumplirse, por lo cual este mecanismo de monitoreo contribuirá a que los países centroamericanos pasen a tomar acciones concretas”, señaló Manfredo Marroquín, Coordinador Regional de TI para Centroamérica. Atendiendo a lo pactado en la Declaración, el mecanismo buscará incorporar a la Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) como institución de apoyo al monitoreo. También se invitará a los demás países centroamericanos y a la República Dominicana a sumarse a este esfuerzo.

En noviembre de 2008, segundo aniversario de la Declaración, se celebró un foro regional de diálogo donde grupos de la sociedad civil y entidades estatales anticorrupción presentarán las evaluaciones e identificarán desafíos para el cumplimiento de la Declaración.

ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN (IPC)

El IPC de Transparency International mide los niveles de percepción de corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto, que se basa en diversas encuestas a expertos y empresas. El IPC 2008 clasifica a 180 países (la misma cantidad que el IPC 2007) en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción).

RANKING DE PAÍSES SEGÚN EL IPC. AÑO 2008

Country Rank	Country	2008 CPI Score
1	Dinamarca	9.3
1	Nueva Zelanda	9.3
1	Suecia	9.3
4	Singapur	9.2
5	Finlandia	9.0
5	Suiza	9.0
7	Islandia	8.9
7	Países Bajos	8.9
9	Australia	8.7
9	Canadá	8.7
11	Luxemburgo	8.3
12	Austria	8.1
12	Hong Kong	7.9
14	Alemania	7.9
14	Noruega	7.7
16	Irlanda	7.7
16	Reino Unido	7.3
18	Bélgica	7.3
18	Japón	7.3
18	Estados Unidos	7.1
21	Santa Lucía	7.1

22	Barbados	7.0
23	Chile	6.9
23	Francia	6.9
23	Uruguay	6.9
26	Eslovenia	6.7
27	Estonia	6.6
28	Qatar	6.5
28	San Vicente y las Granadinas	6.5
28	España	6.5
31	Chipre	6.4
32	Portugal	6.1
33	Dominica	6.0
33	Israel	6.0
35	Emiratos Árabes Unidos	5.8
36	Botswana	5.8
36	Malta	5.8
36	Puerto Rico	5.7
39	Taiwán	5.6
40	Sur Corea	5.5
41	Mauritius	5.5
41	Omán	5.4
43	Bahain	5.4
43	Marcao	5.2
45	Bhutan	5.2
45	República Checa	5.2
47	Cabo Verde	5.1
47	Costa Rica	5.1
47	Hungría	5.1
47	Jordán	5.1
47	Malasia	5.1
52	Latvia	5.0
52	Eslovaquia	5.0
54	Sud África	4.9
55	Italia	4.8
55	Seychelles	4.8
57	Grecia	4.7

58	Lituania	4.6
58	Polonia	4.6
58	Turquía	4.6
61	Namibia	4.5
62	Croacia	4.4
62	Samoa	4.4
62	Túnez	4.4
67	Cuba	4.3
67	Kuwait	4.3
67	<i>El Salvador</i>	3.9
70	Georgia	3.9
70	Ghana	3.9
72	Colombia	3.8
72	Rumania	3.8
72	Bulgaria	3.8
72	China	3.8
72	Macedonia	3.8
72	México	3.8
72	Perú	3.8
72	Surinam	3.8
80	Swaziland	3.5
80	Trinidad y Tobago	3.5
80	Brasil	3.5
80	Burkina Faso	3.5
80	Marruecos	3.5
85	Arabia Saudita	3.4
85	Tailandia	3.4
85	Albania	3.4
85	India	3.4
85	Madagascar	3.4
85	Montenegro	3.4
85	Panamá	3.4
92	Senegal	3.2
92	Serbia	3.2
92	Argelia	3.2

92	Bosnia y Herzegovina	3.2
96	Lesotho	3.1
96	Sri Lanka	3.1
96	Benin	3.1
96	Gabón	3.1
96	Guatemala	3.1
96	Jamaica	3.1
102	Kiribati	3.0
102	Malí	3.0
102	Bolivia	3.0
102	Djibouti	3.0
102	República Dominicana	3.0
102	Líbano	3.0
102	Mongolia	3.0
109	Ruanda	2.9
109	Tanzania	2.9
109	Argentina	2.9
109	Armenia	2.9
109	Belice	2.9
109	Moldova	2.9
115	Islas Salomón	2.8
115	Vanuatu	2.8
115	Egipto	2.8
115	Malawi	2.8
115	Malvinas	2.8
115	Mauritania	2.8
121	Níger	2.7
121	Zambia	2.7
121	Nepal	2.7
121	Nigeria	2.7
121	Sao Tome and Principe	2.7
126	Togo	2.6
126	Vietnam	2.6
126	Eritrea	2.6
126	Etiopía	2.6
126	Guyana	2.6

126	Honduras	2.6
126	Indonesia	2.6
126	Libia	2.6
134	Mozambique	2.5
134	Uganda	2.5
134	Comoros	2.5
134	Nicaragua	2.5
138	Pakistán	2.4
138	Ucrania	2.4
138	Liberia	2.4
141	Paraguay	2.3
141	Tonga	2.3
141	Camerún	2.3
141	Irán	2.3
147	Filipinas	2.1
147	Yemen	2.1
147	Kazakhstan	2.1
147	Timor-Leste	2.1
151	Bangladesh	2.0
151	Kenia	2.0
151	Rusia	2.0
151	Siria	2.0
151	Belarus	2.0
151	República Central Africana	2.0
151	Côte d'Ivoire	2.0
158	Ecuador	1.9
158	Laos	1.9
158	Papua New Guinea	1.9
158	Taijikistán	1.9
158	Angola	1.9
158	Azerbaijan	1.9
158	Burundí	1.9
158	República del Congo	1.9
166	Gambia	1.8
166	Guinea-Bissau	1.8
166	Sierra Leona	1.8

166	Venezuela	1.8
166	Cambodia	1.8
166	Kyrgyzstan	1.8
171	Turkmenistán	1.7
171	Uzbekistán	1.7
173	Zimbabue	1.6
173	República Democrática del Congo	1.6
173	Guinea Ecuatorial	1.6
176	Chad	1.5
177	Guinea	1.4
178	Sudán	1.3
178	Afganistán	1.3
180	Somalia	1.0



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA
EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008

TEMA: “DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”

Entrevista no estructurada dirigida a especialistas en Derecho Constitucional y Penal.

Fecha: _____

OBJETIVO: Conocer los diferentes puntos de vista sobre los aspectos más cuestionados del delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva constitucional y penal de parte de los especialistas en estas áreas.

Indicación: Conteste según su conocimiento las interrogantes siguientes la respuesta que considere correcta.

Preguntas:

- 1- ¿Considera que la presunción de enriquecimiento ilícito del artículo 240 inc. 2º de la Constitución violenta el Principio de Presunción de Inocencia?
- 2- ¿Considera que el tipo de enriquecimiento ilícito viola el Principio de la Carga de la Prueba?

- 3- ¿Existe la tentativa en el delito de enriquecimiento ilícito?
- 4- ¿Puede ser realizado en comisión por omisión el delito de enriquecimiento ilícito?
- 5- ¿Admite causas de justificación el delito de enriquecimiento ilícito? No, no admite legítima defensa ni estados de necesidad, cumplimiento de un deber.
- 6- ¿Se pueden aplicar las agravantes y atenuantes generales en el delito de enriquecimiento ilícito?
- 7- ¿Considera que puede presentarse algún concurso en el delito de enriquecimiento ilícito?
- 8- ¿Se puede aplicar la responsabilidad civil en el delito de enriquecimiento ilícito?
- 9- ¿Puede tramitarse conjuntamente la jurisdicción administrativa y la penal en el delito de enriquecimiento ilícito?
- 10- ¿Cuál fue la razón por la que se le quitó a la Sección de Probidad la facultad de pedir los estados de cuenta de los servidores públicos investigados por enriquecimiento ilícito?
- 11- ¿Considera que debe ser eliminado el secreto bancario en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito?
- 12- ¿Considera necesario reformar el delito de enriquecimiento ilícito?



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA
EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008

TEMA: “DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”

[Entrevista semi-estructurada dirigida a personas profesionales que se desempeñan en el ámbito del Derecho Penal.](#)

Fecha: _____

OBJETIVO: Determinar el grado de conocimiento sobre el delito de enriquecimiento ilícito que tienen las personas que se desempeñan como fiscales, defensores públicos, secretarios y colaboradores judiciales.

Indicación: Conteste según su conocimiento las interrogantes marcando con una “X” la respuesta que considere correcta y justifique su elección.

Cargo y lugar donde se desempeña:

Preguntas:

1. ¿Conoce el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____

No_____

Explique en qué consiste la conducta

típica: _____

2. ¿Sabe quienes son los sujetos activos en el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____

Escriba

quienes: _____

3. ¿Conoce la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito?

Sí _____ No _____

Cual

es: _____

4. ¿Conoce la razón de ser de porqué existe el delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____

No_____

Cual

es:_____

5. ¿Considera que el carácter de subsidiaridad impide la impunidad de los delitos contra la corrupción?

Sí_____

No_____

¿Por

qué?:_____

6. ¿Conoce si el delito de enriquecimiento ilícito se puede realizar mediante la modalidad omisiva?

Sí_____

No_____

Explique?:_____

7. ¿Cree que el sujeto activo del enriquecimiento ilícito puede incurrir en una variedad de error?

Sí_____

No_____

Explique:_____

8. ¿Concurre alguna causa de justificación en el delito de Enriquecimiento?

Sí_____

No_____

Explique:_____

9. ¿Considera que la pena en el delito de enriquecimiento ilícito está adecuada a la lesividad del bien jurídico protegido?

Sí_____

No_____

Porque?:_____

10. ¿Conoce cuál es la función de la Sección de Probidad con respecto al delito de enriquecimiento ilícito?

Sí_____

No_____

Explique

cuál

es_____

11. ¿Considera positivo para la investigación de este delito la anulación del secreto bancario?

Sí_____

No_____

Explique:_____

12. ¿Cuál considera que fue la razón de quitarle a la Sección de Probidad la potestad de pedir los estados financieros de los servidores públicos investigados?

Explique:_____

13. ¿Conoce leyes administrativas que regulen el enriquecimiento ilícito?

Sí_____

No_____

Cuáles

son:_____

14. ¿Conoce Tratados Internacionales que regulan el delito de Enriquecimiento Ilícito

Sí_____

No_____

Cuáles

son:_____



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA
EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008

TEMA: “DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”

[Encuesta dirigida a estudiantes cuarto y quinto año de Lic. en Ciencias Jurídicas.](#)

Objetivo: Determinar el nivel de conocimiento de los estudiantes sobre la existencia y aplicación del delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos en El Salvador.

Indicación: Según su conocimiento, conteste las siguientes interrogantes marcando con una equis (X) la opción que considere correcta.

1. ¿Conoce de la existencia del delito de enriquecimiento ilícito?
Sí _____ No _____
2. ¿Conoce la conducta que prohíbe el delito de enriquecimiento ilícito?
Sí _____ No _____
3. ¿Sabe quiénes pueden cometer ese delito?
Sí _____ No _____
4. ¿Conoce que existe una Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos?
Sí _____ No _____
5. ¿Sabe de la existencia de la Sección de Probidad, dependencia de la CSJ, la cual se encarga de aplicar la Ley de Enriquecimiento Ilícito?
Sí _____ No _____

6. ¿Considera que la declaración patrimonial que rinden los servidores públicos al inicio y al final del cargo es control eficiente para evitar el enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
7. ¿Considera suficiente la declaración patrimonial del servidor público para evitar el enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
8. ¿Considera que el enriquecimiento ilícito es un tipo penal eficiente para evitar actos de corrupción?
Sí_____ No_____
9. ¿Ha conocido servidores públicos que han aumentado su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones?
Sí_____ No_____
10. ¿Considera que los servidores públicos utilizan a personas particulares para disimular el incremento patrimonial injustificado?
Sí_____ No_____
11. ¿Considera que el enriquecimiento ilícito provoca menoscabo grave a la Hacienda Pública o Municipal?
Sí_____ No_____
12. ¿Ha escuchado de casos judicializados de enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
13. ¿Sabe de casos en los que algún servidor público haya sido condenado a prisión por enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
14. ¿Existe voluntad del Estado para investigar el delito de enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
15. ¿Cree que se realiza una adecuada investigación de este delito por parte de la PNC y la FGR?
Sí_____ No_____

16. ¿Considera que el secreto bancario es un obstáculo para investigar el delito de enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
17. ¿Cree necesario eliminar el secreto bancario para los fines de la investigación del delito de enriquecimiento ilícito?
Sí_____ No_____
18. ¿Considera que la PNC y la FGR están capacitadas para perseguir efectivamente los actos de corrupción?
Sí_____ No_____
19. ¿Cree que se aplica el tipo penal de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos?
Sí_____ No_____
20. ¿Sabe si El Salvador ha suscrito y ratificado convenios internacionales contra la corrupción?
Sí_____ No_____



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA
EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008

TEMA: “DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”

Entrevista semi abierta dirigida al Jefe y Sub Jefe de la Sección de Probidad

Objetivo: Conocer la opinión de los titulares de la Sección de Probidad con respecto a la función de esta dependencia de la Corte Suprema de Justicia y cómo participan en la investigación del delito de enriquecimiento ilícito.

PREGUNTAS

1. ¿Cómo está organizada la Sección de Probidad? ¿De qué se encarga eñ çara de análisis?
2. ¿Realizan actividades preventivas del enriquecimiento ilícito? ¿Por qué dice que eliminó la instancia administrativa?
3. ¿Cuáles son las herramientas que utilizan para la verificación de si hay o no enriquecimiento ilícito?
4. ¿Necesitan más herramientas o así están bien?
5. ¿Existe un formato para entregar la declaración patrimonial jurada?
6. ¿Los servidores tienen que venir a retirar esa declaración o la Sección se la envía?
7. Explique eso de de las dos instancias en el enriquecimiento ilícito. ¿Por qué nunca se aplicó la jurisdicción administrativa?
8. ¿Qué cambios considera necesarios para fortalecer la Sección?
9. ¿Debe ser eliminado el secreto bancario a efectos de investigación del delito de enriquecimiento ilícito?
10. ¿Deberían hacerse públicas las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos? ¿Pero y en aras de la transparencia administrativa no cree que sería bueno la publicidad de esas declaraciones?