

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS
PUBLICOS

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE ERNESTO BERNABE ELIAS

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

NOVIEMBRE 1974



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR EN FUNCIONES:

Dr. CARLOS ALFARO CASTILLO.

SECRETARIO GENERAL:

Dr. MANUEL ATILIO HASBUN.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO:

Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA.

SECRETARIO:

Dr. PEDRO FRANCISCO VANEGAS CABAÑAS.-

JURADOS EXAMINADORESEXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE" CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL "

PRESIDENTE: Dr. LUIS MENDEZ RODRIGUEZ.
PRIMER VOCAL: Dr. CARLOS RODRIGUEZ.
SEGUNDO VOCAL: Dr. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE" MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES "

PRESIDENTE: Dr. JUAN JOSE SANCHEZ VASQUEZ.
PRIMER VOCAL: Dr. LUIS DOMINGUEZ PARADA.
SEGUNDO VOCAL: Dr. ROBERTO ALVERGUE VIDES.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE" MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS "

PRESIDENTE: Dr. FRANCISCO ARRIETA GALLEGOS.
PRIMER VOCAL: Dr. FERNANDO CASTILLO, hijo.
SEGUNDO VOCAL: Dr. RENE QUIÑONEZ QUEZADA.

ASESOR DE TESIS:

Dr. ROBERTO OLIVA.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr. CARLOS RODOLFO MEYER GARCIA.
PRIMER VOCAL: Dr. ROMAN ZUNIGA VELIS
SEGUNDO VOCAL: Dr. JOSE FELIPE LOPEZ CUELLAR.

DEDICO ESTA TESIS:

A MI ESPOSA:

BLANCA NELY RODEZNO DE BERNABE

A MIS HIJOS:

ERNESTO ANTONIO, y

JOSE DOUGLAS BERNABE.

A MIS PADRES:

JOSE EDUVIGES BERNABE, y

GRACIELA ELIAS TORRES.

A MI CUÑADO:

DR. JULIO CESAR MENA VARELA.

I N D I C E

CAPITULO I.-

- 1.- Que es Organó Administrativo.
- 2.- Régimen Jurídico de la Función Pública.
- 3.- Naturaleza Jurídica del acto de Designación
- 4.- Diferencias entre Funcionarios y Empleados Públicos.

CAPITULO II.-

- 5.- Principio de Legalidad: Potestad Reglada y Potestad Discrecional
- 6.- La Potestad de Mando. Límites del Deber de Obediencia.

CAPITULO III.-

- 7.- Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.
- 8.- Clases de Responsabilidad.
- 9.- Responsabilidad Política.

CAPITULO IV.-

- 10.- Responsabilidad Administrativa.
 - A) Responsabilidad Administrativa Disciplinaria.
- 11.- Régimen Legal: Ley de Servicio Civil.
 - a) Organismos Competentes;
 - b) Sanciones;
 - c) Principios Fundamentales del Proceso Disciplinario.

CAPITULO V.-

- 12.-B) Responsabilidad Administrativa Contable.
 - a) Corte de Cuentas de la República;
 - b) Organización de la Corte;
 - c) Juicios de Cuentas;
 - d) Pliegos de Reparos;
 - c) Ejecución de Sentencia.

CAPITULO VI.-

Responsabilidad Penal.

- 13.- Privilegio Procesal. Regulación Constitucional.
- 14.- Antejudio. Consecuencias.
- 15.- Delitos cometidos por Funcionarios Públicos:
 - a) Abusos de Autoridad;
 - b) Corrupción de Funcionarios Públicos;
 - c) Proceso de Exhibición de la Persona.

CAPITULO VII.-

- 16.- Responsabilidad Civil.
 - a) Proceso de Amparo;
 - b) Acción Civil de Indemnización por daños y Perjuicios.
- 17.- Daños o Perjuicios causados por las facciones.

CAPITULO VIII.-

- 18.- Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos.
 - a) De las declaraciones de Patrimonio;
 - b) Sanciones;
 - c) Efecto del Fallo.
- 19.- CONCLUSIONES.-

B I B L I O G R A F I A .

- 1.- Derecho Administrativo. Tomo I, Tercera Edición. Rafael Bielsa. J. Lajouane y Cía. Libros y Editores Buenos Aires.
- 2.- Derecho Administrativo. Tomo V, 5a. Edición Rafael Bielsa. Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1957.
- 3.- Derecho Administrativo. Tomo I, Octava Edición, Carlos García - Oviedo, EISA Oñate, 15, Madrid 1962.
- 4.- Manual de Derecho Administrativo. Primera Parte. Bartolomé A. - Fiorini. La Ley, S. A. Editora e Impresora, Buenos Aires 1968.
- 5.- Derecho Administrativo. Décima edición, Gabino Fraga, Editorial Porrúa, S. A.- México 1963.
- 6.- Derecho Administrativo. Guillermo Veras C.
- 7.- La Función Pública. Rafael Bielsa. Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1960.
- 8.- Constitución Política de El Salvador, 1962.
- 9.- Ley de Servicio Civil.
- 10.- Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa.
- 11.- Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 12.- Ley de Procedimientos Constitucionales.
- 13.- Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados - Públicos.
- 14.- Código Penal.
- 15.- Código Procesal Penal.
- 16.- Ley Orgánica y Reglamentos de la Corte de Cuentas.
- 17.- Ley Orgánica del Ministerio Público
- 18.- Derecho Administrativo, José Canasi, Volumen I, Parte General - Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972.
- 19.- Tratado de Derecho Administrativo. Fernando Garrido Falla. Volumen I. Parte General, 5a. Edición Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970.

- 20.- Tratado de Derecho Administrativo. Miguel S. Narienhoff. Tomo 2º, Abolado Perrot, Buenos Aires 1966.
- 21.- Principios Generales de Derecho Administrativo, Julián M. Rufz y Gómez Ia. Edición 1935, Editora Cultural S. A. Habana.-

CAPITULO PRIMERO

Antes de iniciar el estudio de este Capítulo, deseo hacer un bosquejo de que es lo que constituye la actividad total del Estado, nuestra Constitución Política establece cuales son las obligaciones primarias del Estado, en el sentido de que le corresponde a éste asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Estas obligaciones son de carácter genérico, y se desarrollan ampliamente en la parte dogmática de la misma Constitución y en leyes de carácter secundario que desarrollan los principios constitucionales. Para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, y de sus fines, el Estado recurre a establecer cuales son sus diversas funciones, y de acuerdo a ello distribuye entre todos sus organismos las atribuciones que a cada uno de ellos corresponde desempeñar para el cumplimiento de sus fines, tal es la tarea de la parte orgánica de la Constitución Política.

Nuestra Constitución Política, en lo que se conoce como su parte Orgánica, determina la estructura de los cargos y de los diversos organismos del Estado, así vemos que al referirse a los Poderes Públicos, se refiere al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial, y distribuye para cada uno de ellos sus diversas atribuciones, su estructura y la forma como estos Poderes colaborarán para lograr las finalidades del Estado.

1. QUE ES EL ORGANO ADMINISTRATIVO.

Toda persona, natural o colectiva, para ejercitar sus derechos

y para contraer obligaciones, es decir para ser sujeto de De recho, necesita de una voluntad para actuar. En este sentido las personas naturales no nos ofrecen problemas, ya que ejercitan sus derechos o contraen sus obligaciones personalmente, o por medio de mandatarios, a quienes les dan instrucciones para el negocio que les encomiendan, y cuando se trata de per sonas naturales, a quienes la ley, en atención a determinadas circunstancias no les dá capacidad de ejercicio, sus derechos y obligaciones los ejercen a través de sus representantes le gales.

El problema se nos presenta cuando tratamos de explicar cual es la naturaleza jurídica de la voluntad de los otros su jetos de derecho: las personas colectivas que nosotros conoce mos comunmente por personas jurídicas, dentro de las cuales se encuentra el Estado.

Para establecer la naturaleza jurídica de esta voluntad, tenemos que mencionar las diversas teorías que los autores est udian: 1) Para algunos autores(I) la naturaleza jurídica de esa voluntad, obedece a un mandato que la persona jurídica otorga a la persona a quien ha designado para poner en actividad la voluntad del ente colectivo; sin embargo, esta opinión nos deja un vacío, que es el de determinar en qué concepto ac túa la persona jurídica para otorgar el mandato; 2) Otros autores recurren a la figura de la representación, que es la que opera en derecho privado y que ya nos hemos referido respecto de aquellas personas a quienes la ley no les otorga capacidad de ejercicio, y recurren al representante legal para desenvol verse en el campo del Derecho. De acuerdo a este criterio, la

(I) Der. Adm. José Canasi, pag. 252.

voluntad de las personas jurídicas, surge de la ley, al igual que se aplica a las personas naturales. Sin embargo, y de acuerdo al criterio de Michoud (2) es inaplicable al Estado, pues no se concibe, según la opinión del mencionado autor, "Quien pueda darle a éste tal o cual representación". Los obstáculos de este criterio son ante todo en relación a su aplicación, en relación al Estado. 3) Por último, tenemos el último criterio conocido como la Doctrina del Órgano, cuyo principal expositor ha sido Gierke que sostiene que las colectividades tienen una voluntad propia, distinta de la de sus miembros integrantes, es decir que de acuerdo a este criterio no debemos identificar a las personas que concurren a integrar el órgano, con este que tiene una voluntad propia. De tal manera que al explicar la naturaleza jurídica de la voluntad de las personas colectivas, nos exprese esta teoría que ellas tienen su propia voluntad y que la expresen por intermedio de sus órganos.

La Teoría del Órgano, es la que más aceptación tiene para explicar la naturaleza jurídica de la voluntad de las personas colectivas; sin embargo, también han existido entre los sostenedores de esta Teoría, discrepancias para determinar la naturaleza jurídica del mismo órgano. Un primer criterio al respecto trata de asimilar los órganos de las personas colectivas a los órganos de las personas naturales. Se caracteriza este criterio por buscar la analogía entre ambas personas desde el punto de vista biológico, y tiene sus antecedentes históricos muy remotos, por ejemplo en el Código de Manú se decía

(2) Obra citada pag. 252.

que los Brahamenes procedían de la cabeza de Brahama, los guerrilleros de los brazos, los comerciantes y trabajadores de las piernas, y los nudras de los pies. Recordemos que Platón consideraba al Estado como un hombre grande. San Pablo en su Epístola a "Los Romanos", decía: "Porque así como en un solo cuerpo tenemos muchos miembros, así nosotros, aunque somos muchos formamos un solo Cristo, un solo cuerpo, siendo todos recíprocamente miembros los unos de los otros". Este criterio según la opinión del autor Villegas Basabilbaso, ya no tiene más importancia que como figura literaria.

Otros autores establecen una identificación entre el órgano y la persona natural titular del mismo, es decir que en estas condiciones la expresión de voluntad de la persona natural sería la expresión de voluntad del ente jurídico. Este criterio es totalmente opuesto al criterio de Gierke que ya mencionaba, quien a pesar de haber desarrollado su teoría dentro del primer criterio apuntado difiere de éste y del anterior, en el sentido de que admite que los entes colectivos tienen una voluntad propia y muy distinta de la de sus miembros integrantes.

El criterio moderno, y más aceptado, que explica la naturaleza jurídica del órgano, es el sostenido por autores tales como Sayagués Laso, Fernández de Velasco, y otros, quienes sostienen que el órgano está constituido no solo por el conjunto de funciones que le han sido asignadas; sino también por las personas titulares de estos órganos y que son los que realmente ejercen estas funciones, dándoles vida, voluntad y acción a los órganos.

De acuerdo al criterio de Gierke, se consideró que el su-

jeto físico sirve únicamente como un instrumento del órgano, es decir que el órgano dentro de la esfera de su competencia es el encargado de desarrollar la función asignada, y que la persona natural constituye únicamente el instrumento útil para realizarla. Este criterio se fundamenta especialmente en la permanencia de los órganos, en contraposición al carácter contingente de los titulares de los órganos.

El criterio moderno es el que admite que los órganos están constituidos por un complejo de persona humana y cometidos estatales. El Estado desarrolla su actividad a través de órganos; pero es conveniente aclarar que éstos no tienen en ningún momento el carácter de sujetos de derecho distinto de la personalidad estatal, salvo el caso de los entes descentralizados que se les concede personería jurídica, pero cuya actividad queda bajo el control o fiscalización en mayor o menor grado de parte del Estado. Como regla general se establece que los órganos integran la persona jurídica del Estado, y no son consiguientes, en sí mismos, sujetos de Derecho. Las relaciones que se producen entre los diversos órganos se encuentran dentro de un ordenamiento jurídico, al cual se encuentra sujeto el Estado.

ELEMENTOS DEL ORGANO ADMINISTRATIVO

Los distintos autores estudian estos elementos cuando se refieren a los principios fundamentales de la organización administrativa. Rafael Bielsa y Benjamín Villegas Basevilbaso al hablar de éstos principios fundamentales se refieren a la competencia y a la jerarquía. El autor Gabino Fraga nos menciona como elemento primordial la competencia, y de ella hace divisiones por razón del territorio, por razón de materia y por razón

de grado. Sayagués Laso nos menciona como elementos del Órgano, la competencia, la forma y la voluntad humana. La forma, algunos autores al igual que el nombre del órgano, los consideran como elementos formales no indispensables dentro del órgano. Vamos a estudiar someramente algunos de éstos elementos necesarios para nuestro Tema.

LA COMPETENCIA: Es la competencia el conjunto de atribuciones y potestades del Estado y éste las distribuye entre todos sus órganos que lo integran con el objeto de llevar a cabo sus funciones para el cumplimiento de sus fines.

Al establecer una comparación entre la competencia de los Organos Administrativos y la capacidad, regulada por el Derecho Privado, encontramos una notable diferencia en relación a la extensión de cada uno de estos términos. En el Derecho Privado la capacidad de las personas es la regla, y la incapacidad la excepción; en el Derecho Administrativo, la incompetencia es la regla general y la competencia la excepción. La Competencia no puede ser alterada por los titulares de los Organos, quienes se encuentran investidos de las correspondientes atribuciones o funciones de acuerdo a la competencia del Organo que representa, y deben de ser cumplidos necesariamente, ya que éstas no constituyen facultades, sino obligaciones para los funcionarios.

De lo anterior podemos determinar algunas características de la competencia, en primer lugar, para que un Organo tenga competencia es necesario el texto de una ley que así lo determine; en segundo lugar el ejercicio de la competencia es obligatorio y no quede como facultad del agente Público;

en tercer lugar de que generalmente la competencia se encuentra distribuida entre varios Organos, de tal manera que para la realización de un mismo fin intervienen varios Organos y en último lugar la Competencia no se puede renunciar ni ser objeto de compromisos que atenten contra el ejercicio de la competencia.

Se ha discutido también el origen de la competencia de los Organos de la Administración. Existen dos tendencias, la primera estima que el origen de la competencia de todo Organo es la delegación o sea que el Presidente de la República constituye el Organo Supremo de la Administración Pública y en él se depositan todo el ejercicio de las funciones Administrativas. Pero como es físicamente imposible de que él solo pueda cumplir todas las facultades, se ve en la necesidad de delegar algunas de las facultades que le han sido atribuidas a otros Organos y quienes actúan en representación de él. La segunda tendencia consiste en determinar que toda la competencia de los Organos solo se da por virtud de una ley, solo ésta tiene capacidad para determinar las facultades de los Organos Administrativos. En nuestra legislación considero que el criterio adoptado es el segundo de conformidad a lo establecido en los números trece y catorce del Art. 47 Cn.

La Competencia se clasifica en: 1) Competencia por razón de la materia; 2) Competencia por razón del territorio; y 3) Competencia por razón de grado. La primera se refiere a las atribuciones de los Organos que tienen la misma competencia territorial; pero sus funciones son atribuidas de acuerdo a la naturaleza de los distintos Organos de la Administración. Este

criterio es el adoptado por el Reglamento Interior del Poder Ejecutivo en donde determina los distintos ramos de la Administración Pública y las atribuciones que corresponden a cada una de las Secretarías del Estado.

La segunda se refiere a las facultades o atribuciones que le son atribuidas a los diversos Organos en relación a un espacio determinado dentro del cual pueden ejercer sus funciones y así tenemos que existen Organos que tienen competencia sobre todo el territorio del Estado y Organos que la tienen solo en relación a determinado espacio. Respectivamente son llamados Organos Generales y Organos Locales. La tercera clase de competencia, por razón de grado tiene lugar cuando se separan las distintas etapas que respecto de un mismo acto Administrativo pueden ser realizados por distintos Organos Administrativos colocados en diversos planos. Considero que esta clasificación tiene su fundamento en la relación de jerarquía que existe dentro de los Organos Administrativos y por medio de los cuales unos Organos conocen en Primera Instancia y otros en Segunda Instancia, por ejemplo en nuestro medio en materia Tributaria y las resoluciones pronunciadas por las municipalidades de las cuales puede recurrirse ante el respectivo Gobernador Departamental.

LA JERARQUIA..- Consiste este elemento en aquella supremacía de los Organos Superiores respecto de los inferiores y, correlativamente a la relación de subordinación en que se encuentran los Organos inferiores respecto de los superiores, de tal manera que la jerarquía está constituida por una serie de Organos en los que existen líneas y grados. La línea jerárquica está formada por una sucesión de Organos en sentido vertical y el grado je-

rárquico es la situación de cada uno de los Organos en la línea jerárquica". La subordinación en los grados y la coordinación en las líneas son los elementos integrantes de la jerarquía Administrativa". Según lo manifiesta el autor Villegas Basavilbaso.

LA VOLUNTAD HUMANA.- Decía, que de acuerdo al concepto moderno de qué es el Organo Administrativo, el elemento humano forma parte integrante del Organo, no constituye él mismo el Organo, pero sí constituye juntamente con los cometidos estatales asignados, el Organo mismo.

La voluntad del Organo debe estar libremente manifestada, para que el acto Administrativo produzca efectos legales, es decir se requiere que la voluntad generadora del acto Administrativo no esté viciada por error, dolo o violencia. En nuestra legislación no existen disposiciones que regulen de manera sistemática, ^{el} que la voluntad de los Organos tenga que estar sujeta a determinados caracteres; sin embargo considero que el concepto mismo del acto jurídico supone necesariamente la existencia de una voluntad exenta de vicios ya que esta es la única forma como el Organo podría obligarse.

En relación a este elemento se pueden suscitar problemas, cuando se trata de un Organo colegiado, es decir cuando varios miembros son al mismo tiempo titulares de un determinado Organo de la Administración. En nuestra legislación encontramos ejemplos como el referente al Consejo de Ministros, pero se establece el número de miembros necesarios para sesionar válidamente y el número de miembros cuyo acuerdo es necesario para dictar resolución. Art. 23 Reglamento Interior del Poder Ejecu-

cutivo. También tenemos que nuestra Constitución establece en relación a la Asamblea Legislativa, el número de miembros suficientes para deliberar, para tomar resoluciones y establece para determinados casos el número de votos calificados necesarios para tomar resolución. El mismo sistema de Reglamentación sigue la Ley cuando se trata de Organismos cuya titularidad corresponden a varias personas.

La voluntad de éstos Organos colegiados se determina no por el acuerdo unánime del cien por ciento de sus titulares, sino por las disposiciones legales que establecen los requisitos para la reunión de los titulares, para la expresión de su voto y para la determinación del número necesario de titulares cuya concurrencia bastará de acuerdo a dichas disposiciones legales, para considerar formada la voluntad del Organo de que se trata.

La voluntad de los Organos Administrativos se encuentra limitada al bien público y a los fines que han sido encomendados al Organo respectivo.

Dentro de este elemento voy a hacer referencia al silencio de la Administración Pública. El silencio de la Administración tiene sus efectos en lo que se refiere a la validez del acto, a la responsabilidad por culpa y en relación a aquellos actos que emanan exclusivamente de la Administración Pública o la falta de una decisión ante las reclamaciones del Administrado.

Según Rafael Bielsa ("Garantías Contra el Silencio de la Administración Pública en la Legislación Argentina") se presentan las siguientes situaciones: a) Si dentro de un término no se dá el pronunciamiento de la Administración Pública, debe

entenderse que ésta se ha decidido por la negativa, con el fin de dar al Administrado término a la incertidumbre o a la inercia indefinida de la Administración; b) Un segundo criterio estima el "privilegio del silencio" de la Administración Pública, Esta situación al igual que el criterio anterior son inconvenientes, pues de esa manera, la Administración puede aplazar o impedir los recursos jurisdiccionales contra sus propias resoluciones definitivas; c) La solución más ajustada es la de fijar un término legal, según la materia o el objeto de que se trate y transcurrido ése término debe tenerse a la Administración por decidida y aún por responsable. Consecuencias: si no decide dentro del término y la omisión produce daños, se genera responsabilidad para la Administración, salvo que legalmente no existe término; si se solicita una decisión y ésta no se pronuncia por la autoridad, debe considerarse que la petición no ha sido admitida si transcurrido el plazo no hay pronunciamiento; cuando la petición se refiere a un término o a una condición, debe entenderse que transcurrido el término o condición, sin que exista resolución, debe entenderse que la decisión de la administración es negativa.

2.- REGIMEN JURIDICO DE LA FUNCION PUBLICA

En doctrina se ha discutido desde muy variados puntos de vista la relación que se establece entre los funcionarios y empleados públicos por una parte y el Estado por la otra. El autor Gabino Fraga, nos menciona dos grupos de teorías: las de Derecho Privado y las de Derecho Público (3).- Las primeras consi

(3) Der. Adm. pág. 131.

sideran estas relaciones como surgidas de un contrato de locación de obras o bien de un contrato de mandato, según se trate de prestación de servicios materiales o de realizar, en nombre y representación del Estado, Actos Jurídicos. En relación al segundo grupo de teorías, sostienen algunas que en un acto unilateral del Estado; otras que afirman que es un acto contractual y otras que lo consideran como un acto condición.

El autor Bartolomé Fiorini (4), manifiesta en su manual de Derecho Administrativo, que las distintas teorías que en el transcurso de los tiempos se han formulado es una cuestión de erudición o de mero conocimiento histórico "mencionar las viejas teorías del contrato privado, la del acto de autoridad y la del contrato público, etc., es citar antecedentes que ya no aportan nada práctico y elucidador sobre la cuestión."

El autor José Canassi nos hace una amplia enunciación de las diversas teorías que tratan de explicar esta relación:

1) Teorías Civilistas. Son las más antiguas y tienen su fundamento en figuras de Derecho Civil considerando al empleo como una cosa, se presentaba en algunos casos el empleo como un usu fructo, como una donación y hasta como Derecho Hereditario. Dentro de estas teorías incluye también la del mandato y la locación de servicios de que nos habla Gabino Fraga. Estas teorías son propias de la época medioeval. 2) Teorías Políticas, de acuerdo a éstas teorías, la función pública es obligatoria, tiene carácter coactivo y se le asemeja a una "carga pública".

=====

(4) Ob. cit. pág. 544.

Efectivamente, existen actividades como el servicio militar obligatorio, el de combatir plagas que por su propia naturaleza el Estado necesita personas que asuman esos cargos; 3) Teorías mixtas. Estas teorías tratan de explicar la relación combinando las dos anteriores y por ello son desechadas por los autores modernos. 4) Teorías del acto unilateral. El Estado impone las condiciones generales al iniciarse la relación, de allí que el empleado una vez los acepte no puede sustraerse a ellas, salvo mediante la terminación definitiva de dicha relación. 5) Teorías de Contrato del Derecho Público, consideran a la relación que nos ocupa, como un verdadero "contrato de vasallaje" medioeval, denominado "comendation"; esta teoría estuvo vigente en Alemania en el siglo pasado y fue sostenida, entre otros, por Laband y Jellinek. 6) Teoría del contrato bilateral. Es sostenida por Petrozziello en Italia, y formula por una parte designación de parte del Estado y aceptación de parte del empleado.

El autor Julián M. Ruíz y Gómez (5) en su texto denominado "Principios Generales de Derecho Administrativo", nos formula de una manera muy amplia, las distintas clasificaciones que se han formulado para tratar de explicar la relación que une al empleado con el Estado. 1) Clasifica las teorías así: de Derecho Privado, imperan los principios puros del Derecho Civil; de Derecho Público, imperan los principios de la rama del Derecho Público y Teorías transitorias en las que se

(5) Obra citada, pág. 67

establece aplicación de los principios de Derecho Privado y Público. 2) Teorías unilaterales que afirman que en la relación el Estado es sujeto de todos los derechos y el funcionario de todos los deberes y teorías bilaterales que sostienen la reciprocidad de derechos y deberes entre ambos, éstas últimas tienen un fundamento contractual. 3) Teorías de Derecho Privado, Políticas y de Derecho Público, ya explicadas por el autor anterior. 4) Esta clasificación considera en primer lugar que en toda relación funcional existe una situación contractual, asimilando el contrato de servicio público al arrendamiento de servicios o al mandato, o a un contrato de Poder Público sui géneris, frente a éste grupo se encuentra el grupo de teorías del estatuto legal según el cual consideran que las relaciones entre el Estado y el funcionario se encuentran reguladas por disposiciones generales, impersonales, y que no pueden ser objeto de contrato porque las partes no debaten las condiciones de trabajo, pues éstas se encuentran determinadas unilateralmente por el Estado, entonces concluyen que el problema se resuelve haciendo una distinción entre funciones de autoridad y las funciones de gestión, en las primeras no existe lazo contractual, mientras que en las segundas sí existe un contrato puramente civil, de arrendamiento de servicios.

Considero que en la actualidad y de acuerdo a la opinión de Bartolomé A. Fiorini, el estudio de las teorías civilistas fundadas en principios de Derecho Privado, corresponde ya a un estudio histórico no aplicables al Derecho Público, esfera de acción del Derecho Administrativo. Por otra parte, las teorías contractualistas que tratan de explicar esta rela

ción como un contrato administrativo han sido también superadas, en el sentido de que la noción clásica del contrato, sufre serios quebrantos, en primer lugar porque el contrato tiene por objeto generar una situación jurídica individual y por otra parte se ha establecido para satisfacer las necesidades privadas de los hombres.

Gabino Fraga, a quien ya nos hemos referido, manifiesta que el acto de nombramiento o de investidura para un cargo público, debe ser considerado como un acto diverso a todos los expuestos en las diversas doctrinas que hemos mencionado, y que está formado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento, pero que el efecto jurídico que produce ese concurso de voluntades no es el de determinar los derechos y las obligaciones de las partes, sino el de condicionar la aplicación, al particular que ingresa al servicio de las disposiciones legales ya preexistentes que han fijado en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares de los diversos Organos del Poder Público. El acto unión es aquel que permite la modificación del estatuto legal en cualquier momento y sin necesidad del consentimiento del empleado.

3.- NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO DE DESIGNACION.

Vamos a estudiar bajo este número, las formas en que un funcionario o empleado público, puede ser designado a un cargo público, es decir, las diversas formas de designación, se refieren a las distintas condiciones de ingreso del agente a la función pública.

En la antigüedad, la función pública era una manifestación de la voluntad Divina y se utilizó en primer término, el sorteo como la más segura manifestación de esa voluntad; sin embargo se presentaba el inconveniente de que no todos los ciudadanos tenían la capacidad o la aptitud para el desempeño de cargos públicos. En la edad media, sujeta al régimen feudal, el cargo público quedó sujeto al sistema hereditario como anexo del patrimonio, y una de las formas de ingreso es el arrendamiento del cargo público, la donación como recompensa, honor o beneficio; asimismo también se utilizó el sorteo. En la edad moderna el sistema a utilizarse fue la venta del cargo público. Se implantó este régimen en Francia, luego en Alemania, España e Italia. Presenta la inconveniencia de que los cargos, por ser derivados de un contrato de venta constituyeron una verdadera propiedad pudiendo negociarse y transmitirse por herencia. El funcionario busca compensar el precio del cargo y por tanto las funciones públicas no miran el interés de la comunidad, sino su propio beneficio. Este sistema además de no ser beneficioso para la comunidad, tiene el inconveniente de que no toma en cuenta la capacidad del funcionario, sino su poder económico. Desaparece éste sistema con la Revolución Francesa.

En la actualidad las formas de ingreso a los cargos públicos, son la de elección, nombramiento y sorteo.

La elección es la designación hecha por la comunidad a favor de una persona para un cargo público, mediante el ejercicio del sufragio. La elección es un acto jurídico y para que tenga eficacia es necesario la manifestación de la volun

tad popular para que la persona designada ocupe un cargo determinado; éstas personas tienen poder legal para hacer tal designación por formar parte del cuerpo electoral que es un Organó del Estado que confiere a los elegidos la titularidad de los demás Organos del Estado. En virtud del resultado favorable de la elección el designado resulta investido de la función pública para que fué electo, ejercitando las atribuciones y derechos que tal cargo le impone. Este sistema tiene sus ventajas y sus desventajas, entre las primeras tenemos que asegura el contacto de los funcionarios con la opinión pública e interesa a las masas en la dirección de los asuntos públicos; entre los inconvenientes se encuentra de que pueden resultar electos para los cargos a personas de menor capacidad que otros, ya que dá lugar a que el candidato haga uso de medios distintos a su propia capacidad para lograr la elección.

De acuerdo a nuestra Constitución Política los funcionarios de elección popular son el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados a las Asambleas Constituyente y Legislativa y los miembros de las Municipalidades. Todos los ciudadanos tienen el derecho de optar estos cargos, según sus capacidades, excepto los Ministros de cualquier culto religioso y aquellas personas cuyos derechos de ciudadano hayan sido suspendidos o los hayan perdido de conformidad con la ley. El cuerpo electoral está formado por todos los ciudadanos capaces de emitir el voto, y establece nuestra Constitución el Consejo Central de Elecciones como Organismo competente para la recepción, recuento y fiscalización de votos, quien además es la autoridad suprema de esta materia.

La otra forma de ingreso de un funcionario o empleado en un cargo público es el Nombramiento que es la designación hecha por una sola persona. Los elementos necesarios que deben concurrir en el nombramiento son, en primer lugar, la manifestación de voluntad del que nombra, toda vez que ésta manifestación de voluntad se encuentre dentro de la esfera de competencia de ese funcionario, y produce el efecto de que el designado queda investido de la función pública. Esta investidura surte efectos desde el momento que el designado toma posesión del cargo público, y si el designado, entrare a desempeñar el cargo público sin llenar las formalidades legales, incurre en el delito de anticipación de funciones públicas y se le aplica la sanción correspondiente. Art. 437 Pn. De acuerdo a nuestra Constitución el Poder de Nombramiento corresponde a diversos funcionarios, así: 1) Al Poder Ejecutivo corresponde nombrar, remover, aceptar, renuncia y conceder licencias a los funcionarios y empleados de la Administración y del Ejército. Art. 78 Cn. No. 9; 2) Al Presidente de la República corresponde nombrar, remover, aceptar renunciaciones y conceder licencias a los Ministros y Subsecretarios de Estado, al Fiscal General de la República y al Procurador General de Pobres, Art. 72 Cn.; 3) A la Asamblea Legislativa corresponde nombrar a los Miembros del Consejo Central de Elecciones, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Cámara de Segunda Instancia y de la Corte de Cuentas de la República; también corresponde a este Organismo elegir al Presidente y al Vicepresidente de la República cuando ningún ciudadano haya obtenido mayoría absoluta de votos, también corresponde elegir a los designados a la

Presidencia. Aclaro que de acuerdo a algunos autores estas designaciones no son propiamente por nombramiento, sino una forma de elección de segundo grado, ya estudiadas. También existen en leyes secundarias facultades de nombramiento otorgadas a otros organismos tales como la Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, que establece que el Presidente de la República nombrará al Director de ese Instituto. Igual facultad contempla el Art. 9 de la Ley de Servicio Civil al Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros para el nombramiento de uno de los miembros que integran el Tribunal de Servicio Civil. El Artículo 89 Cn. No. 8o y 9o concede iguales facultades a la Corte Suprema de Justicia para nombrar de Primera Instancia, Jueces de Paz, Conjueces, Médicos Forenses, empleados de la Corte, también se conceden estas facultades al Fiscal General de la República y Procurador General de Pobres en relación a los funcionarios y empleados de sus dependencias. Facultades especiales de nombramiento concede la Ley de Presupuesto General Art. 76 y siguientes, para el nombramiento de determinados funcionarios.

La facultad de nombrar que la ley concede a todos estos funcionarios, tiene sus límites establecidos por la misma ley, por ejemplo para ocupar determinados cargos se establecen requisitos de edad y de aptitud, nacionalidad, derechos políticos, pruebas de idoneidad, períodos de pruebas, etc.

Al igual que el sistema de elección el sistema de nombramientos tiene sus ventajas y desventajas. Ventajas: asegura la unidad y armonía del personal encargado de un servicio público, mediante una selección adecuada se puede obtener agentes de buena capacidad técnica y al mismo tiempo fija la

responsabilidad del funcionario que ha nombrado al agente público. Desventajas crea una excesiva dependencia de parte de un solo Organismo, dá lugar a la designación de personas por nexos familiares o de conveniencia política o religiosa.

En relación a los Organismos descentralizados del Estado, sus respectivas leyes Orgánicas determinan la forma como sus funcionarios y empleados son designados. La tercer forma de designación a un cargo público es el sorteo. Este se efectúa por el azar y en algunas condiciones se practica sin exigir condiciones de capacidad, y en otras ocasiones se practica previa selección entre las personas que reúnen determinadas condiciones para desempeñar el cargo público, se usa generalmente este sistema para distribuir funciones que constituyen una carga pública o para determinar la cesación en el cargo entre funcionarios que tienen igual derecho al mismo. Tiene la ventaja de que asegura de manera imparcial la distribución de funciones que constituyen carga pública y garantiza la imparcial expresión de la opinión pública, cuando es requerida; sin embargo, tiene los inconvenientes de que es un procedimiento ciego y no reflexivo y no asegura la designación del más capaz entre los candidatos al sorteo. Este sistema es aconsejable únicamente para funciones públicas de carácter temporal.

La Ley de Servicio Civil dá facultades a las distintas comisiones de Servicio Civil para que seleccione, previa prueba de idoneidad, a los tres candidatos mejor calificados y los proponga a la autoridad, Organismo o Institución que deba nombrar al nuevo funcionario o empleado. Esta escogerá

dentro de la nómina el que estime más apto para el cargo. Sin embargo, el sistema siempre se comprende dentro del sistema de nombramiento que ya hemos mencionado.

4. DIFERENCIAS ENTRE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PUBLICOS.

Doctrinariamente es difícil establecer las diferencias que existen entre los funcionarios y empleados públicos. Diversas opiniones se han dado por los autores para establecer la diferencia y entre ellas tenemos: 1) Se ha tratado de distinguir en atención al tiempo o duración del cargo, los funcionarios son nombrados generalmente por un período determinado y los empleados por un tiempo indefinido. Este criterio no dá seguridad para establecer la diferencia, por cuanto hay funcionarios y empleados que son designados en sus cargos por tiempo permanente. 2) También existe el criterio de la retribución considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos en tanto que los empleados son remunerados. Este criterio podemos encontrarlo establecido en nuestra legislación en el Art. 46 del Reglamento Interior del Poder Ejecutivo que establece que los ciudadanos que hubieren desempeñado la Secretaría o Subsecretaría de Relaciones Exteriores se considerarán formando un cuerpo consultivo, con el objeto de que con su experiencia coadyuven en las labores del Ministro de Relaciones Exteriores para suministrar todos los datos ilustrativos que se les pida respecto a los actos Oficiales, relativos a dicho ramo en las épocas que sirvieron aquellos cargos, estableciéndose también que estas funciones las desempeñarán ad-honorem. Sin embargo, este criterio no puede ser aplicado a todos los casos, por cuanto la Constitución en el Art. 155

establece que nadie puede ser obligado a prestar trabajo o servicios personales sin justa retribución. 3) También se señala como criterio el relativo a la naturaleza de la relación jurídica que los vincula con el Estado. Si es de Derecho Público se tiene al funcionario y si es de Derecho Privado al empleado. Al decretarse el Código de Trabajo vigente, originalmente en la letra C. del Art. 2 se consideró como trabajadores privados cuando el Estado y el Municipio a semejanza de como lo hacen las personas de Derecho Privado contrataren servicios personales y a los trabajadores que aquellos en tal concepto contrataren. Posteriormente se confirmó, por una reforma esta situación pero aclarando que no se aplicaría el Código de Trabajo cuando la relación que une al Estado, Municipio e Instituciones Oficiales Autónomas o Semi-Autónomas con sus servidores, fuere de carácter público y tuviere su origen en un acto Administrativo, o que la relación emane de un contrato para la prestación de servicios profesionales o técnicos. Es decir que dejó sujeto al régimen del Código de Trabajo únicamente a los trabajadores de planilla.

La situación anterior no se legisló con el objeto de establecer la calidad de funcionarios y empleados, sino con el objeto de establecer a qué régimen legal quedaban sujetos unos y otros. Por consiguiente este criterio no podemos adoptarlo. Ya que afirmamos que siempre esa relación es de Derecho Público. 4) Otro criterio establece que son funcionarios aquellos que tienen capacidad legal para tomar decisiones y órdenes y considera empleados a los meros ejecutores. Este criterio ha sido adoptado por nuestro Código Penal en el Art. 459 pero úni

camente adoptando esta distinción para los efectos penales a que pueden verse expuestos funcionarios y empleados. Por consiguiente tampoco este criterio nos dá el carácter de generalidad. 5) Otro criterio es el de considerar como funcionarios a aquellos que tienen señaladas sus facultades en la Constitución o en la Ley y empleados aquellos cuyas facultades se encuentran establecidas en los reglamentos.

Tampoco este criterio es lo suficientemente completo para establecer la distinción que buscamos ya que si bien es cierto que para algunos funcionarios sus atribuciones se encuentran establecidas en la Constitución tales como las atribuciones del Fiscal General de la República. Art. 99 Cn. y el Procurador General de Pobres Art. 100 Cn., también existen atribuciones para los funcionarios en algunos reglamentos tales como el Art. 12 y 15 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa y Art. 13 del Reglamento Interior del Poder Ejecutivo. 6) El único criterio/acceptable es aquel que el funcionario supone un cargo especial transmitido en principio por la Ley y que crea una relación externa que dá al Titular un carácter representativo, mientras que el empleado supone únicamente una vinculación interna que hace que su titular solo concurre a la formación de la función pública. Este criterio ha sido el más adoptado.

Nuestra legislación no hace ninguna distinción entre funcionarios y empleados públicos y por el contrario el Art. 2 de la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, equipara dichos términos para los efectos de esa Ley.

CAPITULO SEGUNDO

5.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POTESTAD REGLADA, POTESTAD DISCRECIONAL.- FUNDAMENTO DE ESTE PRINCIPIO EN NUESTRA CONSTITUCION POLITICA.

El Art. 169 Cn., establece dentro del Régimen de Derechos Individuales, que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los Tribunales que previamente haya establecido la ley. Aparentemente este principio sería aplicable únicamente en el campo Judicial, dada la redacción que el mismo contiene; sin embargo, este principio de legalidad también se aplica a la Administración Pública, ya que es una garantía a favor de los particulares otorgada por el Estado. Se refuerza este criterio con lo que establece el Art. 6 Cn., que establece que los funcionarios del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les dé la ley.

Este principio es fruto del triunfo del Estado de Derecho, recordemos, que en los Estados Absolutistas, las decisiones del Monarca no estaban sujetas al Derecho, y en tales circunstancias el particular mantenía una incertidumbre e inseguridad constante de sus derechos, ya que la protección de éstos quedaban sujetos a una decisión caprichosa del Soberano, quien podía resolver en cualquier tiempo en uno o en otro sentido.

De acuerdo a los sistemas constitucionales modernos, el principio de legalidad no tiene ninguna excepción. El autor Fernando Garrido Folla (1) al referir este principio a la oc-

(1) Tratado de Der. Adm. pág. 234.

tividad administrativa, nos dice: "supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede" pero implica además, continúa, "el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes y, finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad".

El autor Gabino Fraga (2), nos manifiesta que en el Derecho Administrativo, el principio de legalidad se puede entender desde dos puntos de vista, el primer punto, de vista es el material, se refiere a que la norma en la que se funda cualquier decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal; el segundo, en su sentido formal, significa que además de ser una ley desde el punto de vista material, debe tener los caracteres de una ley desde el punto de vista formal, es decir expedida por el organismo competente, encargado de la formación de las leyes.

De la opinión de los mencionados autores se establece la sumisión de la Administración a la ley. Sin embargo, es de nuestro conocimiento, que la actividad de la Administración Pública es amplia, y siempre tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, y si esa actividad la limitamos,

(2) Der. Adm. pág. 98.

como antes se opinaba, a la ejecución de las leyes, entonces la Administración Pública no podría satisfacer completamente los intereses públicos. Por ello las legislaciones modernas conceden a la Administración poder de acción, de iniciativa, pero dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y así se establece que la actividad ejercida por la Administración, será en unos casos actividad reglada y en otros actividad discrecional, pero ambas dentro del marco de la ley, material o formal, según nos distingue Gabino ^dTraga. Veamos estas actividades.

La actividad o administración reglada, a la que el autor Miguel S. Morienhoff llama también "vinculada", es aquella que se encuentra señalada de antemano por la regla de derecho, es decir, se encuentra predeterminada específicamente la conducta administrativa en la norma. Tiene esta clase de actividad fundamento en lo dicho en el párrafo anterior, de que al Poder Ejecutivo se le encomienda la ejecución de las leyes. Art. 78 No. 3o. y 15 Cn., en este caso el funcionario titular del Órgano, se limita a interpretar la ley y aplicarla al caso concreto, la ley fija los límites de su actuación. Considero que en relación a los administrados, es de mayor garantía esta actividad.

Es bien difícil que la ley regule todas aquellas situaciones que se pueden presentar dentro de la Administración Pública, porque la ley es dictada por un organismo político en donde muchas ocasiones se encuentra ausente el factor técnico que es fundamental en la Administración Pública. Por eso la ley otorga la potestad discrecional a favor de la Administra-
ción, que origina la actividad discrecional. Aquí no se trata

de una predeterminación específica de conducta, sino genérica, la ley la faculta para que en presencia de determinados hechos o situaciones, pueda apreciar o valorar la situación que se le presenta, y aceptar o rechazar lo pedido, aplicando en mejor forma la ley. El poder discrecional es beneficioso para la Administración Pública, por cuanto existen situaciones cuyo resolución es difícil tomarla de antemano, sino hasta que se ha tomado contacto con la realidad. Por otra parte la potestad discrecional combate el automatismo administrativo y por el contrario fomenta la iniciativa de la Administración Pública, que redunde en beneficio de la colectividad.

En algunas ocasiones es difícil establecer categóricamente la diferencia entre la actividad reglada y la discrecional, al grado que el autor López Rodó (3) afirma que "el poder discrecional, como los metales, no se encuentra en estado químicamente puro", pero intentaré establecer algunas reglas que de acuerdo a algunos autores deban tomarse en cuenta para hacer tal distinción: 1) Debemos de tomar en cuenta si la ley predetermina una conducta administrativa de manera específica, o de manera genérica, en este caso será discrecional; 2) Si la emisión del acto está subordinado a la apreciación subjetiva por parte del agente público, la actividad será discrecional; 3) El estudio literal de la ley, nos ayuda, cuando se usan frases como "fáltase", "permítase", "autorízase", "podrá" y otras equivalentes, nos podemos inclinar en favor de la discrecionalidad;

(3) Citado por M. S. Marienhoff, Tratado de Der. Adm. pág. 422.

4) Tratándose de actos que impliquen restricciones a las libertades públicas, en caso de duda ha de estarse en contra de la existencia de una facultad discrecional.

La falta de claridad de la ley puede dar lugar a confundir la potestad reglamentaria / ^{con la} discrecional a que se encuentra sujeta la Administración, pero considero que en determinadas circunstancias la potestad discrecional debe ser expresamente declarada por la ley, por ejemplo cuando los hechos previstos por la norma puedan ser modificados por circunstancias no determinables de antemano, para el caso la política estatal monetaria, crediticia o financiera, y la prestación de determinados servicios públicos, o construcción de obras públicas, estén sujetas a circunstancias difíciles de determinar de antemano, tales como la política monetaria internacional, períodos de depresión, inflación, deflexión, epidemias, etc. Lo mismo ocurre cuando la actividad administrativa debe apreciar circunstancias técnicas, tales como construcción de carreteras, muelles, y por último cuando la administración quiere aplicar en casos concretos principios de justicia distributiva, como cuando se trata de imponer multas atendiendo las condiciones o capacidad económica de las partes.

Decía que existen situaciones en lo que la ley expresamente debe establecer la potestad discrecional. También existen situaciones que no pueden someterse a la potestad discrecional, por ejemplo en todos aquellos casos en que existe reserva de ley, es decir que las situaciones solo podrán regularse por una Ley emitida por la Asamblea Legislativa, y no por reglamentos que corresponde emitirlos al Poder Ejecutivo.

En nuestro medio existe Reserva de Ley en la regulación de los extranjeros, Art. 22 Cn., en materia tributaria, Art. 119 Cn., régimen monetario, bancario y crediticio, Art. 143 Cn., y por último, en materia de garantías individuales cuya regulación es exclusiva de nuestra Constitución Política.

6.- POTESTAD DE MANDO. LIMITES DEL PODER DE OBEDIENCIA.

Las Potestades Administrativas, son las facultades propias de la Administración Pública, que le sirven para el cumplimiento de las atribuciones asignadas a ella. Comprende las siguientes potestades: 1) Potestad imperativa o de mando; 2) Potestad reglamentaria; 3) Potestad sancionadora; y 4) Potestad jurisdiccional. En relación a nuestro tema, únicamente nos referimos a la primera o sea a la Potestad Imperativa o de mando. Consiste en la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento, es decir el imperio del Estado se manifiesta en esta potestad imponiendo a los administrados sus decisiones. Es una potestad de mando y de coersión. Esta potestad naturalmente se distribuye en los tres Poderes del Estado, y nos referimos nosotros acá a la que corresponde a la Administración.

La iniciativa de esta potestad puede ser de oficio, o a petición de parte interesada, pero como propia de la Administración, y se exterioriza mediante Reglamentos que tienen por objeto facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución corresponde a la Administración, o mediante Decretos, órdenes y resoluciones emanados del Poder Ejecutivo, y se hacen del conocimiento de los administrados mediante publicaciones oficiales, carteles, o comunicaciones enviadas al per

ricular.

Esta potestad siempre está sujeta al marco o esfera de una ley, en la mayor parte de las normas se le fijan límites precisos a esa potestad, y en otras ocasiones puede actuar libremente, pero subordinando su conducta al fin establecido en vista del cual la ley lo ha autorizado. En el primer caso estamos frente a lo que la doctrina llama actividad o potestad reglada y en el segundo frente a la actividad o potestad discrecional. Ambas potestades las hemos desarrollado en el numeral anterior. El primer caso constituye la regla general de la potestad administrativa y la segunda su excepción; sin embargo, en ambos casos se actúa dentro de la esfera de la ley, con la diferencia de que en el primer caso debe ajustarse a la ley expresa, y en el segundo la ley misma le concede una amplia libertad legal para que tome las decisiones que dentro de esa libertad crea más conveniente. Naturalmente que si el obrer administrativo traspasa los límites discrecionales, ya no nos encontramos frente a una potestad discrecional, sino un acto arbitrario. La elección en el obrer, le concede la ley, para que en un caso determinado, se elija una conducta por razones de conveniencia pública, orden público, bien común, etc.

Voy a enfocar esta potestad de mando, únicamente en las relaciones que existen entre los funcionarios y empleados públicos, para iniciar propiamente el objeto de mi trabajo, y dentro de estas relaciones, la del Deber de Obediencia, a que están obligados los funcionarios y empleados públicos.

El ejercicio de la función pública, de origen, por su

propia naturaleza a un conjunto de deberes y derechos, generales o especiales, que se encuentran determinados en nuestra Constitución Política y en leyes secundarias.

Los deberes y derechos de los funcionarios públicos son muchos y se encuentran determinados de acuerdo a la naturaleza a la función que realice el Agente. Pero puedo enunciar como deberes esenciales, comunes a cualquier relación los siguientes: Deber de ^Obediencia, de fidelidad, de guardar el secreto, de residencia, de fianza, la conducta. Es conveniente aclarar que no debemos confundir los deberes de los funcionarios, con las prohibiciones o con las restricciones impuestas a dichos agentes. Dentro de las prohibiciones tenemos la que establece el No. 30 del Art. 47 Cn. o No.22 del mismo artículo que se refieren respectivamente a que los salvadoreños no pueden aceptar cargos diplomáticos o consulares que deban ser ejercidos en El Salvador, o aceptar distinciones honoríficas otorgadas por gobiernos extranjeros. En ambos casos se necesita autorización de la Asamblea Legislativa. Dentro de las restricciones tenemos el no desempeño de otro cargo incompatible con el que tiene a su cargo; hacer política partidaria dentro de la oficina que labora.

Voy a referirme antes de analizar al Deber de ^Obediencia de acuerdo a nuestra legislación, a las teorías principales que sobre este deber han sido expuestas:

a) TEORIA DE LA REITERACION: mediante este criterio, el funcionario inferior puede sustraerse de la responsabilidad que contraría al ejecutar una orden ilegal, siempre que haya advertido al superior jerárquico de la ilegalidad de tal orden,

y éste persiste en su voluntad, reiterándola.

b) TEORIA DE LA LEGALIDAD FORMAL: mediante esta teoría el funcionario inferior está obligado a cumplir la orden de su superior, que reuna los requisitos siguientes: que el superior sea competente para dictarla; que sea regular en la forma y que el inferior sea competente para ejecutarla. Otros autores le añaden a esta teoría un cuarto requisito: que la orden no esté en contradicción formal con un texto claro de la ley. Se critica esta teoría porque los subalternos están en aptitud de apreciar el valor de un texto legal, y de esa manera pueden entorpecer la maquinaria administrativa.

c) TEORIAS RADICALES: el inferior tiene obligación bajo su responsabilidad de examinar la orden que ha recibido, y esté en la libertad de obedecer la orden sea o no sea legal. Es inadmisibile esta teoría porque perturbaría en cualquier momento la actividad administrativa y las relaciones de jerarquía, que constituye como ya vimos un elemento esencial del órgano administrativo.

d) TEORIA DE LA ILEGALIDAD FLAGRANTE: una orden que contenga una ilegalidad flagrante no debe ser obedecida, salvo que la ley establezca la obediencia pasiva. La observación que se le hace a esta teoría es que la orden debe tener una ilegalidad objetiva, y no subjetiva, porque entonces caeríamos en las mismas consecuencias que hemos señalado a la teoría anterior.

De las anteriores doctrinas podemos deducir que el fundamento del deber de obediencia se encuentra en el orden jerárquico de los órganos, es decir para que los negocios y ac-

tividades estatales tengan éxito, es necesaria la obediencia del inferior al superior. Pero también de esas doctrinas deducimos otro aspecto importante: la ilegalidad. Los funcionarios tienen su esfera de acción, y si al dar órdenes, se exceden de las facultades que expresamente les dá la ley, entramos al campo de la ilegalidad que inclusive puede llegar hasta el delito. Las soluciones ante esta circunstancia como ya vimos, son diversas, la Teoría de la reiteración, dice que el inferior cumpliendo con los requisitos enunciados, queda exento de responsabilidad, y debe cumplir la orden porque de lo contrario daría lugar a la desobediencia, y el responsable será el funcionario superior. A esta situación se contraponen la teoría radical que establece la libertad del inferior a obedecer o no la orden, sea legal o no.

Las teorías anteriores y muchas más que al respecto se han formulado, tratan de explicar si existen o no limitaciones al deber de obediencia. Algunos autores resumen estas doctrinas, por los dos extremos: 1) OBEDIENCIA ABSOLUTA A LA ORDEN; 2) OBEDIENCIA A LA LEY. La obediencia absoluta a la orden naturalmente que pondría al funcionario inferior fuera de toda responsabilidad, ya que no tiene facultad para analizar la legalidad o no de la orden, sino solo para ejecutarla. Ruiz y Gómez (4) dice en sus Principios de Derecho Administrativo: "que la obediencia absoluta a la orden, sin limitaciones, entraña graves peligros y es innecesaria; y así, "una regulación cuidadosa que precise los casos de resistencia legítima a la orden y determine responsabilidades legales por ejecutar aquellas órdenes que violen normas superio-

(4) Ob. cit. pág. 387.

res del régimen jurídico".

La obediencia a la ley, es opuesta a la doctrina anterior, y sostiene que el inferior no debe obedecer una orden ilegítima, no obstante que emane de su superior jerárquico. En tales circunstancias el inferior queda exento de toda responsabilidad.

Al exponer la teoría de la reiteración de la orden no quise hacer comentario a ella reservándomela para esta parte. Esta teoría podría decir, que suaviza los dos extremos relativos al deber de obediencia. Si el inferior advierte al superior la ilegalidad de la orden, y éste persiste en su voluntad reiterándola, el inferior queda exento de toda responsabilidad, salvo que aquella orden implique un hecho ilícito, un delito, en cuyo caso siempre es responsable el inferior ejecutor. Al respecto Laband, dice: (5) "todo funcionario podría cubrir su responsabilidad con una mera observación y, más aún, la autoridad superior podría dar la orden diciendo el final que no se admiten observaciones".

Voy a referirme ahora al Deber de Obediencia de acuerdo a nuestra Legislación, y enfocaré el estudio desde tres puntos de vista: 1o.) Desde el punto de vista Administrativo; 2o.) Desde el punto de vista de la responsabilidad penal tanto para el funcionario superior como para el inferior, y 3o.) desde el punto de vista de la responsabilidad penal de los particulares en relación a las órdenes emanadas de un funcionario público.

(5) Ob. cit. pág. 389.

Desde el punto de vista administrativo: el literal a) del Art. 31 de la Ley de Servicio Civil, establece como deberes de los funcionarios y empleados públicos el respetar con dignidad a sus superiores jerárquicos, obedecer sus órdenes en asuntos de trabajo, y observar seriedad en el desempeño de sus cargos. La no observancia de la obediencia que para nuestro estudio nos interesa, genera en contra del funcionario, responsabilidad sujeta a las sanciones establecidas por esa misma ley. Naturalmente que aquí nos encontramos frente a órdenes que no revisten la calidad de delito, y que por consiguiente, de conformidad a la disposición citada, el funcionario tiene que obedecer. La primer sanción es la de suspensión sin goce de sueldo que se impone mediante el procedimiento que señala la ley, por la respectiva Comisión de Servicio Civil, esta suspensión de conformidad al Art. 41 literal d) de la ley citada no podrá pasar de un mes. Cuando el funcionario es suspendido dos veces en el término de un año, y éstas suspensiones han sido impuesta, una de ellas o las dos por desobediencia del funcionario, se le impone a éste la sanción de Postergación en el Ascenso y Rebaja de Categoría. Esta sanción no podrá exceder de dos años y su duración se determinará tomando en cuenta la gravedad de las faltas que motivaron las suspensiones. Art. 49 Ley de S.C.- Si dentro del mismo término mencionado el funcionario se hace acreedor a una tercera suspensión, y una de ellas por lo menos es por causa de desobediencia, procede como sanción el despido del funcionario. Art. 53 literal b). Cuando a juicio del organismo correspondiente la desobediencia se considera

como una falta grave a ese deber, procede entonces la destitución del funcionario desobediente. Puedo afirmar que desde el punto de vista administrativo no existe facultad para el funcionario inferior de analizar la ilegalidad o no de la orden, sino que tiene que limitarse a obedecerla porque se trata de asuntos de trabajo.

Desde el punto de vista de la Responsabilidad Penal: cuando la orden es ilegal y alcanza la esfera del delito, se producen consecuencias de derecho, de tipo penal, para ambos funcionarios. El funcionario superior comete el delito que establece el Art. 428 Pn., o sea el de actos arbitrarios, ya que realiza en el desempeño de su función un acto ilegal o arbitrario en contra de las personas o de los bienes de éstas, y es considerado de conformidad al No. 3o. del Art. 46 Pn., como autor mediato. Respecto del funcionario inferior debemos analizar dos situaciones: la primera, si se le dá una orden correcta, legal, que en virtud de su cargo tiene obligación de ejecutarla, y en cambio ilegalmente omite, rehusa o retarda el acto, incurre en responsabilidad penal, en el delito de Incumplimiento de Deberes, que establece el Art. 429 Pn. La segunda: se le dá una orden emanada de autoridad competente para expedirla y con las formalidades legales, y el inferior está jerárquicamente subordinado a quien expide la orden pero esta orden no reviste manifiestamente el carácter de hecho punible. En cumplimiento de tal orden se produce una figura delictiva, en tal caso nuestro Código Penal establece, que aún cuando se trata de un hecho antijurídico, imputable y punible, éste hecho no se le puede reprochar al

Agente porque existe de su parte ausencia de dolo o culpa, y la ley considera en este caso como una causa de inculpabilidad por Obediencia Jerárquica. Art. 40 Pn. No. 2o. literal c). En este caso el responsable penalmente unicamente será el funcionario superior de quien ha emanado la orden. Sin embargo, y de acuerdo al texto de la misma ley, si la orden reviste manifiestamente el carácter de hecho punible, ambos funcionarios serán responsables del delito, y nos encontramos ante un caso de codeincuencia.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal de los particulares: la desobediencia la establece nuestro Código Penal como figura delictiva Art. 455, cometido por los particulares contra la Administración Pública, y se comete en primer lugar cuando el particular desobedece una orden dictada conforme a la ley y emanada de un funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones; y en segundo lugar, cuando el particular, desobedeciendo un mandato legal, retuviere fondos, contribuciones, cotizaciones o cuentas de trabajadores u otros particulares destinados al Estado o a las instituciones públicas que persigan fines culturales, de salud pública, de asistencia o seguridad social, durante tres períodos sucesivos de los establecidos en ley desobedecida. La reincidencia en este segundo caso agravará la pena.

CAPITULO TERCERO

7.- RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

He manifestado ya, que las funciones públicas son desarrolladas por el Estado a través de sus Organos; y que uno de los elementos de éstos, es la voluntad humana, que es proporcionada por los titulares de dichos organismos, y a quienes se denomina Funcionarios Públicos. Cuando el Estado realiza sus funciones jurídicas, económicas, sociales, etc., actúa, dentro de un marco de legalidad que como ya vimos en el capítulo anterior, tiene su fundamento en el Principio de Legalidad, a través de sus manifestaciones, la potestad reglada, y la potestad discrecional. Pero la realidad es que la actividad estatal en el ejercicio de su marco, legal o fuera de él puede originar, excepcionalmente, perjuicios de diversa naturaleza a los particulares, Delimitaré únicamente lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios públicos de acuerdo a los criterios modernos; pero antes, haré una breve reseña histórica de cuales /^{han} sido las diversas fases que se han presentado en relación a esta responsabilidad. Naturalmente que me refiero a aquella responsabilidad de los Funcionarios en el ejercicio de su cargo, y no aquella que se deriva de su carácter particul. Porque sabemos que en el Derecho Privado, la Ley tiene sus medios para deducir las responsabilidades, mediante medidas coactivas, cuando hay incumplimiento del deber, o mediante la sustitución del deber primario por uno secundario, o mediante la adopción de medidas reparadoras para restaurar el orden jurídico alterado por la violación de la norma.

Históricamente puedo afirmar que la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos se ha vinculado estrechamente con la responsabilidad del Estado, a consecuencia de la actividad de los primeros. En una primera fase, en los regímenes primitivos, el particular no tiene recursos jurídicos ni contra el Estado ni contra los Funcionarios; en consecuencia el perjuicio ocasionado debía ser soportado totalmente por los administrados, sin tener acción para obtener indemnización, por el absolutismo del Poder del príncipe y de su Derecho divino, en las Ciudades Estados de Memphis y Tebas, de Egipto, Babilonia, Nínibe, de Caldea, los Gobiernos son despóticos, el Faraón ejerce poderes ilimitados, otorgados por la divinidad, sobre los súbditos, quienes ni siquiera eran ciudadanos, ya que no tenían participación en el Gobierno. En Esparta, y Atenas, en sus distintas formas de Gobierno que se desarrollaron según la época, anarquía, aristocracia, democracia, el soberano dispone libremente de todos los bienes de los ciudadanos y no tiene responsabilidad, sino ante la divinidad, de quien se considera una emanación, y no podía concebirse que los mandatos del soberano se dieran con el fin de causarse daño.

En una segunda fase se considera que el administrado que recibe un perjuicio por actuaciones arbitrarias o ilegales de un Funcionario Público puede únicamente reclamarle a éste la correspondiente indemnización; sin embargo si excepcionalmente el Estado indemniza, puede ejercer la acción recursoria contra el agente del hecho irregular. Este principio es desarrollado por los pueblos anglosajones, así en el Derecho Común en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica se establece que todo Funcionario o Empleado es responsable directo de sus actos, sean o no de ges-

ción Administrativa. Se considera que el Estado es una persona jurídica para fines de utilidad pública, y que por su propia naturaleza necesita actuar por agentes, por consiguiente la Responsabilidad debe personificarse. Excepcionalmente por Leyes especiales se admite la Responsabilidad del Estado. Este sistema ha sido criticado por autores que sostienen la teoría de la representación, que opera en Derecho Privado, y por la cual el representado está en la obligación de responder de los actos verificados por los representantes, toda vez que éste obre por cuenta y riesgo de aquél, lo que origina la responsabilidad indirecta.

Una tercera fase establece que los particulares tienen acción directa contra el Funcionario y contra el Estado, toda vez que el acto se considere como de servicio público o por otro motivo la ley obliga al Estado a indemnizar. Se considera que mediante este sistema la garantía de los particulares es mayor y que el Estado al responsabilizarse, lo que hace es que reparte los daños causados por la ejecución de los servicios a todos los miembros de la comunidad beneficiaria, fundándose en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Sin embargo si el Funcionario se extralimita en su cargo y cae dentro de la esfera penal o civil, su responsabilidad será directa y personal, y por eso en doctrina se habla de falta personal y de falta de servicio.

Modernamente casi todas las legislaciones establecen los deberes y derechos de los Funcionarios. Ya mencionaba en el Capítulo anterior algunos de los deberes que se establecen, entre ellos tenemos el deber de obediencia que ya analicé en el Capí-

tulo anterior, el de fidelidad, dignidad en la conducta, dedicación al cargo, secreto, residencia, etc., y el incumplimiento de ellos dá lugar en su mayor parte a responsabilidades de tipo administrativo que analizaré en el Capítulo siguiente. Algunos autores hacen énfasis en unos y otros, por ejemplo, el autor Rafael Bielsa agrega (1) la Ideoneidad y lealtad del Funcionario; la primera como requisito de ingreso y la segunda como el deber a la Administración Pública, y no al Gobierno. Este deber, según el autor citado, lo demuestra el Funcionario cumpliendo su cargo con legalidad, inteligencia y especial dedicación.

Al mismo tiempo las legislaciones establecen en mayor o menor grado los derechos de los Funcionarios, por ejemplo derecho al ascenso, al sueldo, al descanso, jubilación, indemnizaciones y demás prestaciones de carácter social y algunas legislaciones, no la nuestra, establecen el derecho de asociación a favor de los funcionarios, con fines laborales (2).

Considero conveniente expresar que dentro de los deberes de los funcionarios debe ser objeto de condición especial de ingreso y permanencia del cargo, la Idoneidad Moral de los Funcionarios Públicos, además de la Idoneidad Técnica. Nuestra Constitución de manera expresa lo exige como requisito para el desempeño de altos cargos y la Ley de Servicio Civil lo establece de manera general para todos los funcionarios públicos.

(1) La Función Pública, pag. 9

(2) José Canasi, Derecho Administrativo, pag. 882

El cumplimiento de esta observación nos ayudaría para combatir el favoritismo político, que dá lugar al nombramiento de personas que carecen de Idoneidad Moral y que causa una sensación de injusticia en el espíritu público.

8.- CLASES DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Doctrinariamente existen diversas opiniones para definir las clases de responsabilidades que los funcionarios pueden adquirir en el ejercicio de su cargo. Puedo afirmar que doctrinariamente podemos clasificar estas responsabilidades en política, penal, civil, Administrativa y Disciplinaria.

En cuanto a la responsabilidad Política, consideran algunos autores, que es aquella que adquieren los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo para con la población electoral que les ha delegado el cargo público que desempeñan otros autores consideran que la Responsabilidad Política es aquella que adquieren los Funcionarios y que solamente puede deducirse toda vez que un organismo determine que hay lugar a formación de causa, y se refiere únicamente a Funcionarios que la Constitución Política menciona. De esta opinión es el autor Bartolomé A. Fiorini (3).

La Responsabilidad Penal, es unánime en cuanto a considerar que dá lugar por delitos que solamente pueden ser cometidos por los Funcionarios Públicos como son por ejemplo los abusos de autoridad, las negociaciones ilícitas, exacciones, y otros, y delitos que pueden ser cometidos, por Funcionarios o particulares, pero que se agravan cuando son cometidos por

(3) Manual de Derecho Administrativo, pag. 620.

Funcionarios Públicos, por ejemplo cohecho, prevaricato, encubrimiento, etc.

La Responsabilidad Civil es aquella en que incurren los Funcionarios cuando en su cargo ocasionan por culpa o negligencia daños en un patrimonio. Algunos autores como Bartolomé A. Fiorini (4) consideran que esta Responsabilidad se origina cuando el daño ocasionado es en perjuicio del patrimonio de los particulares, quien la distingue de la Administrativa porque a pesar de que ambas tienen objeto resarcitorio, se realizan por procedimientos y en ámbitos completamente distintos. Otros autores como José Canasi (5) opinan que esta responsabilidad es ocasionada por culpa o negligencia de los Funcionarios en el ejercicio de su cargo por actuaciones irregulares y que ocasionan daños en el patrimonio de la Administración Pública. El autor Julián M. Ruíz y Gómez (6) opinan que esta clase de responsabilidad se presenta en ambos casos, o sea cuando el patrimonio dañado es el de un particular o el de la propia administración.

La Responsabilidad Administrativa es ubicada por el autor Bartolomé A Fiorini (7) como aquella de la que responde específicamente el agente por daños ocasionados a la Administración Pública y que proviene por actos o gestiones de la Administración. Por el contrario el autor José Canasi (8) opina que esta Responsabilidad es derivada del Poder Disciplinario del Estado en relación con sus agentes, estable-

(4) Obra citada pag. 622

(5) " " " 714

(6) Principios Generales de Derecho Administrativo pag. 415

(7) Obra citada pag. 622

(8) " " " 702

ciendo las sanciones, procedimientos y garantías del Funcionario en el juicio correspondiente. De la misma opinión es el autor Julián M. Ruíz y Gómez (9).

La Responsabilidad Disciplinaria, según Fiorini (10) es la potestad de disciplina que corresponde a las autoridades Administrativas, independientemente de las ya mencionadas, que se dan en ámbitos distintos y con procedimientos diferentes. Para Canasi (11) y Ruíz Gómez (12), esta responsabilidad es de tipo Administrativo.

Aclaro que los autores que consideran que la Responsabilidad Disciplinaria forma parte de la Administrativa, consideran que los daños que los agentes ocasionan al patrimonio de la Administración Pública, es una Responsabilidad Civil, pero que ésta se determina mediante el Juicio de Cuentas a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación.

Todas las Responsabilidades mencionadas las desarrollaré enmarcadas en nuestra legislación. La Responsabilidad Política la analizaré como aquella que tienen los Funcionarios con sus electores y mencionaré los casos en que, de acuerdo a nuestra Constitución, podrían considerarse dentro de esta clase de Responsabilidad, aunque desde ya aclaro que ésta no se encuentra desarrollada en la Legislación Salvadoreña. El antejuicio que algunos autores ubican dentro de este tipo de Responsabilidad lo analizaré dentro de la Responsabilidad Penal, ya que de acuerdo al art. 19 Pn. éste constituye un

(9) Obra citada pag. 417
(10) " " " 635
(11) " " " 703
(12) " " " 418

privilegio procesal a favor de los funcionarios que determina nuestra Constitución Política. La Civil la estudiaré como aquella derivada cuando se ocasionan daños en los bienes y personas de los particulares y que son ocasionadas cuando el Funcionario viola los derechos que la Constitución Política establece a favor de los particulares. Dentro de la Responsabilidad Administrativa analizaré en primer lugar la derivada del poder disciplinario del Estado en relación con sus agentes, y en segundo lugar la Responsabilidad que se deriva cuando el agente causa daños en el patrimonio de Administración Pública y que se determina mediante el juicio de Cuentas, verificando éste estudio de esta manera por considerar que en nuestro Código Civil, no existen regulaciones respecto de ella, esta clase de Responsabilidad es la que algunos autores denominan responsabilidad contable. Por último haré un estudio en relación al enriquecimiento ilícito de los Funcionarios Públicos, por existir una Ley que regula especialmente esta materia.

9. RESPONSABILIDAD POLITICA.

Considero que esta clase de Responsabilidad se establece con el objeto especial de mantener la regulación del Poder. Con este objeto se expuso por Montesquieu en su libro "El Espíritu de las Leyes" la teoría de la división de poderes, destinándola al mantenimiento de la libertad política, Este autor consideraba que los Organos del Gobierno, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial se encontraba en igual jerarquía, e independientes unos de otros, atribuyéndoles, además, determinadas funciones en forma exclusiva, El control, según este autor debía

ser matemático, y cuando un Organó del Gobierno abusaba de su poder los otros Organos lo obligaban a que desarrollara sus funciones, de acuerdo a las que le habían sido encomendadas. Esta teoría no ha sido adoptada en toda su extensión por ningún país, pero sí ha sido el fundamento de la división de los poderes en la mayor parte de ellos. Para mantener la libertad política y la regulación del Poder se han recurrido a otros medios, entre los cuales mencionaremos los que dan lugar a la responsabilidad política. Estos son: RESPONSABILIDAD MINISTERIAL: Se da esta responsabilidad dentro de los regímenes parlamentarios, o sea aquellos en los que el Parlamento es el Organó Principal de Poder Político, y expresa su superioridad sobre el Poder Ejecutivo, quien debe contar con la confianza del Parlamento, y cesa en sus funciones cuando falta dicha confianza. La responsabilidad Política se establece del gabinete para con el Parlamento y mediante una moción de censura aprobada mayoritariamente el gabinete cae. Para otros asuntos importantes, por ejemplo, la aprobación del Presupuesto el Poder Ejecutivo necesita la aprobación del Parlamento.

La revocación del mandato: Este es un derecho que se concede a los electores en los gobiernos semidirectos y que consiste en que cuando los electores no se encuentran satisfechos de la forma como los Funcionarios que ellos han electo desempeñan su cargo, tienen la facultad de provocar una votación en la que deciden si revocan o mantienen el mandato de los funcionarios que han elegido, antes de que concluya el período correspondiente. Semejante a esta forma es otro de

recho que se otorga a los electores cuando los funcionarios quieren reelegirse en su cargo, y si los particulares consideran que el funcionario se ha excedido de su competencia pueden mediante votación previa negarse a la reelección.

EL PLEBISCITO: También es otra forma de control que opera en los Gobiernos semidirectos, y que consiste en la consulta que se hace al pueblo, respecto a una decisión política de máxima importancia, que el Gobierno desea hacer. Hay que distinguir el plebiscito del referendum, ya que el primero es la consulta al pueblo de una decisión política, y el segundo también es una consulta al pueblo, pero para la aprobación de leyes importantes y del establecimiento de impuestos.

Propiamente esta Responsabilidad podemos encontrarla, de acuerdo a lo expresado en los regímenes parlamentarios y gobiernos semidirectos,

Considero que en nuestra legislación no existe Responsabilidad Política sin embargo voy a analizar algunos casos que podríamos equipararlos a ella.

INTERPELACIONES CONSTITUCIONALES : El Art. 76 Cn. establece que los ministros y subsecretarios de Estado deberán concurrir a la Asamblea para contestar las interpelaciones que se les hicieren, y el Art. 78 Cn. No. 6o. establece como obligación del Poder Ejecutivo, dar a la Asamblea los informes que ésta le pida, excepto cuando se trate de planes militares secretos. Considero que estas disposiciones tienen como objeto el mantener cierto control y equilibrio político. Sin embargo la Constitución no señaló ninguna sanción para los funcionarios que no cumplan con las obligaciones relacionadas, tam

poco de conformidad al Art. 219 C/n. existe ninguna Ley secundaria que sancione la violación a las disposiciones constitucionales citadas. Tampoco dá lugar al proceso de amparo ya que éste se establece como una garantía a favor de los particulares por la violación de los derechos que le otorga la Constitución Política.

RELACION DOCUMENTADA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: Por disposición constitucional , Art. 78 Cn. No. 4o. Los Ministros están obligados a presentar dentro de los dos meses siguientes a la terminación del año fiscal, ante la Asamblea Legislativa, relación circunstanciada y cuenta documentada de la Administración Pública en el año transcurrido. Para el Ministro de Hacienda se establece una obligación especial cual es la de presentar la cuenta general del último presupuesto y el estado demostrativo de la situación del Tesoro Público y del patrimonio fiscal. Si los Ministros no cumplen esta obligación, quedarán depuestos mediante resolución de la Asamblea Legislativa para que nombre el sustituto, y si éste no cumple dentro de los quince días siguientes con dicha obligación quedará depuesto el Presidente.

EL DERECHO DE INSURRECCION: Nuestra Constitución Política.

Art. 7 Cn. reconoce este derecho a favor del pueblo limitado en sus efectos a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios del Poder Ejecutivo, quienes serán sustituidos de conformidad a la Ley. Este derecho forma parte del llamado derecho de resistencia y fué reconocido en la Constitución Política de 1950, y fué consagrado legalmente por primera vez en la declaración Francesa de los Derechos del Hombre y

del Ciudadano. Es difícil establecer la esfera de este Derecho, pero considero que noce cuando los funcionarios del Poder Ejecutivo no solo no cumplen las atribuciones que le han sido encomendadas, sino que violan sistemáticamente las garantías a favor de los particulares, o se aprovechan del poder público para servir a sus intereses personales o intereses de terceros, mediante actos de gobierno que atentan contra la dignidad de la nación o que comprometan la soberanía o la economía nacional a favor de intereses extraños. Más que un derecho es un verdadero fenómeno social, ya que el derecho no se otorga a las personas individualmente sino al pueblo entero, quien lo ejercita cuando toma conciencia de que los funcionarios del Poder Ejecutivo han incurrido en faltas graves que ameritan el ejercicio de este derecho, El derecho que reconoce nuestra Constitución no es el fundado en la Teoría de la "razón del Estado", mediante el cual se viola el derecho por interés del Estado. Este derecho reconocido constitucionalmente no produce en ningún caso la abrogación de las leyes, sino únicamente la separación de los funcionarios. Considero que el ejercicio de este derecho debe tener por finalidad la separación del Presidente de la República, y por consiguiente la separación de los ministros y subsecretarios de Estado. Art. 62. La persona que de conformidad al Art. 65 Cn. ocupe la Presidencia de la República, nombrará los Ministros y Subsecretarios de Estado, de conformidad al Art. 72 Cn.

CAPITULO CUARTO

10.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

De acuerdo a lo manifestado en el número ocho del Capítulo anterior, estudiaré esta clase de responsabilidad desde el punto de vista disciplinario y desde el punto de vista contable, porque como ya lo manifesté, considero que la responsabilidad contable, no tiene asidero en nuestra legislación para enmarcarla en el campo civil tal como algunos autores la enfocan, fundamentando su criterio en disposiciones contenidas en el Código Civil de esas legislaciones.

A) Responsabilidad Administrativa Disciplinaria.- El autor Ruíz y Gómez considera que esta responsabilidad es aquella en que incurre el funcionario público que en el ejercicio de su cargo realiza actos o incurre en omisiones que violan las atribuciones o deberes establecidos en relación con el servicio o función que desempeña, o que fuera de la función realiza actos que hacen desmerecer en el concepto público (1), el autor José Canasi (2) establece que este poder disciplinario es ejercido por el Estado quien determina su esfera de aplicación, sanciones, procedimientos y las garantías jurisdiccionales del funcionario. De igual criterio participa Fiorini con la diferencia de que él la distingue de la Responsabilidad Administrativa en los términos ya indicados.

En esta clase de responsabilidad no existe perjuicio oca

(1) Ob. cit. pag. 418

(2) " " " 402

sionado al patrimonio del Estado, sino que el funcionario ha faltado a sus deberes afectando la disciplina, la moral, el buen funcionamiento del servicio quedando su infracción dentro de la esfera de la Organización Administrativa, dando lugar a sanciones disciplinarias que la hacen distinguirse de la penal ya que en ésta la sanción es la imposición de una pena, y de la civil en la que la sanción consiste en la obligación del funcionario de indemnizar o de reparar el daño causado al patrimonio. El objeto de esta responsabilidad es velar por la armonía estatal en el sentido de que los funcionarios cumplan sus deberes y obtener de esa manera el buen funcionamiento de la actividad estatal.

II.- REGIMEN LEGAL: LEY DE SERVICIO CIVIL

En la Constitución Política de 1950 se estableció la carrera administrativa, determinándose que una Ley de Servicio Civil regularía las condiciones de ingreso a la Administración; promociones y ascensos a base de mérito y aptitud, permanencia, traslados, suspensiones, cesantías, deberes y recursos. La misma Constitución prohibió la huelga de los funcionarios y empleados públicos., lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos. Como ha sucedido con otros principios constitucionales la Ley respectiva no se decretó dentro de un término prudencial, sino hasta el 24 de noviembre de 1961 y entró en vigencia el 10. de mayo de 1962. Existe en la actualidad un proyecto de Ley de Servicio Civil elaborado por la Asociación de Empleados Públicos y Municipales ; asimismo existe un estudio o anteproyecto de la misma

Ley que se encuentra en poder del Ministerio de Hacienda, y al cual no se le ha impulsado, probablemente para diferir la responsabilidad que el Estado podría adquirir al aprobarse dicho estudio. En la Asamblea Legislativa y en el Consejo Nacional de Planificación y Coordinación Económica, según lo pude constatar personalmente, no tienen conocimiento de manera oficial de dicho estudio.

Considero que toda Ley de Servicio Civil debe establecerse de manera amplia y garantizada los derechos de los funcionarios, sus deberes, las sanciones y los procedimientos adecuados para la imposición de las sanciones señaladas. En relación al procedimiento considero que antes de imponerle al funcionario cualquier clase de sanción, por muy leve que ésta sea, debe de comunicársele, y garantizarle el medio de defensa que le permita aportar todas las pruebas de que pueda disponer para destruir los cargos o justificarlo. La Ley de Servicio Civil, ha tenido por objetivo, desarrollando el principio constitucional correspondiente, una mejor administración pública, mediante la protección a los empleados, y mediante la imposición de sanciones a aquellos que no merecen por su falta de capacidad técnica o moral pertenecer, a la Administración, que constituye en nuestra época una Empresa delicada, y en la que para hacerla salir avante se necesita no solo la intención de trabajar sino el conocimiento técnico de las distintas ramas de la administración, para que esta Empresa produzca beneficios en favor de la colectividad. El Art. 4 de la L.S.C. establece los servidores del Estado

que quedan excluidos de la Carrera Administrativa, y podemos agregar también los militares de alta y profesores que quedan sujetos en sus relaciones con el Estado, de tipo laboral, a le yes especiales, lo mismo puedo decir de los Funcionarios del Servicio Exterior y los Funcionarios Judiciales a que se refiere la Ley Reglamentaria de la Carrera Judicial. Lamentablemente la Ley de Servicio Civil no ha cumplido con todos los objetivos que persigue nuestra Constitución, por lo menos en el cumplimiento de los requisitos de ingreso a la Administra ción, tales como selección de personal mediante pruebas de idoneidad, concursos, derechos de ascenso y más que todo en la efectiva aplicación de sanciones a muchísimos funcionarios y empleados públicos que se prevalecen de su cargo y no cumplen con los deberes que la Ley les impone, ateniéndose a la protección política de que gozan, lo que redundo en perjuicio de la Administración Pública. Gran parte de funcionarios ejercen su cargo para hacerse llegar más fondos, lo que analizaré en el Capítulo del enriquecimiento ilícito.

a) ORGANISMOS COMPETENTES.-

La Asamblea Legislativa, en cumplimiento de sus atribuciones al decretar la Ley de Servicio Civil, estableció los Organis mos competentes que de acuerdo al Art. 6 de dicha Ley son las Comisiones de Servicio Civil y el Tribunal de Servicio Civil, a quienes se les denomina Comisión y Tribunal.

Comisión de Servicio Civil: Se han establecido por la Ley, Comisiones en la Asamblea Legislativa, Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia, excepto las estableci das en la Capital de la República; presidencia de la República;

Secretarías de Estado, Corte de Cuentas de la República, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Pobres, Consejo Central de Elecciones, Organismos Descentralizados que no gozan de autonomía económica y administrativa, direcciones generales; Alcaldías Municipales de Cabeceras Departamentales y Unidades o dependencias secundarias de Secretarías de Estado con asiento en las Cabeceras Departamentales, excepto en San Salvador. Estas Comisiones están integradas por tres miembros propietarios que duran en sus funciones dos años y pueden ser reelectos, y se requiere que los miembros de estas Comisiones pertenezcan al personal del Organismo o Institución en que funcionan. También son nombrados tres suplentes que sustituyen a los titulares en los casos de falta, excusa o impedimento. Tanto los miembros propietarios como los suplentes son nombrados uno por el Ministro o Jefe de la Unidad o Institución de que se trate; otro por el Tribunal de Servicio Civil, que es el Organismo Competente de mayor jerarquía y el otro por elección de Funcionarios y Empleados protegidos por la Ley y que trabaje en la respectiva dependencia de la Administración. Este Servicio es desempeñado como parte inherente al cargo que desempeñan y no devengan ninguna remuneración especial.

Las atribuciones más importantes de este Organismo son en primer lugar, formar el escalafón de los funcionarios dependientes del Organismo o Institución en que funcione; selección de candidatos para ingresar al personal comprendido en la carrera administrativa; esta selección se verifica por medio de pruebas de idoneidad que la Ley establece en el Art. 20

Estas son atribuciones de tipo propiamente administrativo que en la práctica muy rara vez se cumplen. Las otras atribuciones, de carácter jurisdiccional propiamente son aquellas en las cuales conoce en única instancia en los casos de amonestación de los funcionarios o empleados en el ejercicio de su cargo o empleo y además conoce en Primer Instancia en la aplicación de otras sanciones que la Ley le atribuye, tales como casos de suspensión.

Tribunal de Servicio Civil: Es el Organismo de mayor jerarquía dentro de Servicio Civil y está integrado por tres miembros propietarios nombrados uno por la Asamblea Legislativa, otro por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros, y el tercero por la Corte Suprema de Justicia, siendo el Presidente del Tribunal, el nombrado por la Asamblea Legislativa. También habrá tres miembros suplentes nombrados de la misma manera y que sustituirán a los propietarios en los casos de falta, excusa o impedimento. La Ley exige determinados requisitos para los miembros del Tribunal del Servicio Civil, éstos son: Ser Abogado de la República, salvadoreño por nacimiento, mayor de treinta años, haber desempeñado cargos en la Administración Pública o Municipal, por un período no menor de cinco años y ser de honorabilidad y competencia notoria. Estos Funcionarios duran en sus funciones un período de tres años y pueden ser reelegidos.

Las atribuciones del Tribunal, al igual que las de la Comisión podemos clasificarlas en propiamente Administrativas y Jurisdiccionales. Entre las primeras tenemos la rehabilitación a los funcionarios o empleados destituidos, eva-

cuar las consultas que se le hagan sobre la aplicación de la Ley; elaborar el proyecto de reglamento General de la Ley y llevar un registro en el que consten los informes rendidos por las respectivas comisiones. El Reglamento a que me he referido no ha sido elaborado no obstante que aparece como atribución de este Organismo desde que se estableció.

Dentro de las atribuciones de carácter jurisdiccional, le corresponde al Tribunal conocer en revisión y de nulidad de las resoluciones definitivas pronunciadas por las comisiones, por ejemplo resoluciones pronunciadas en casos de multas, postergación al derecho de ascenso y rebaja de categoría, suspensión sin goce de sueldo, destitución o despido del cargo o empleo y la nulidad de las resoluciones pronunciadas por dicho Organismo; también conoce de las reclamaciones que se presenten contra las demás resoluciones de las comisiones o de los jefes de dependencia, cuando se alegue injusticia manifiesta, por ejemplo en casos de traslados a otra localidad y que representa perjuicio económico para el trabajador ya que tiene que pagar gastos de traslado y permanencia en el nuevo cargo y por último corresponde también al Tribunal dirimir las competencias que se susciten entre las comisiones.

b) Sanciones: El objeto de la sanción disciplinaria es obligar a los funcionarios a que cumplan los deberes de su cargo, debiendo tomar en cuenta al imponerlas, la conducta general del funcionario para obtener de ésta manera el buen funcionamiento de la actividad estatal. Podría clasificar las sanciones de la manera siguiente: 1) Sanciones morales, que

son aquellas que procuran influir sobre el ánimo o la conducta del funcionario sin afectar los derechos que de su propia condición se derivan. Ejemplos de este clase podemos mencionar la amonestación oral privada y la amonestación escrita.

2) Sanciones que suspenden temporalmente los derechos derivados del ejercicio de la función, como ejemplos de ésta tenemos la suspensión del empleo, multas, y 3) aquellas privativas de la función o cargo mediante el despido o la destitución y que constituye dentro de esta clase de responsabilidad las sanciones más graves que pueden imponerse al funcionario. Quiero agregar que estas sanciones solo pueden aplicarse mientras existe el vínculo público del agente con la administración pública, ya que, cuando el agente es separado del cargo deja de existir la potestad disciplinaria, y los Organismos competentes no tienen en esta situación atribuciones para imponer las sanciones correspondientes.

De acuerdo a nuestra Ley de Servicio Civil las Sanciones que pueden imponerse a los funcionarios y empleados públicos que no cumplen debidamente con su cargo, son la amonestación oral privada, amonestación escrita, multa, suspensión sin goce de sueldo, postergación en el ascenso, descenso de clase, despido y destitución.

Amonestación Oral Privada: Esta sanción se impone a los funcionarios y empleados públicos que cometan faltas leves que determine el reglamento y que no implique el incumplimiento de los deberes que el Art. 31 de la Ley señala a los Funcionarios, entre los cuales tenemos: asistir con puntualidad a su trabajo, desempeñar con celo, diligencia y

probidad las obligaciones de su cargo, reserva y discreción de los asuntos de que tenga conocimiento por razón de su cargo, rechazar dádivas, promesas o recompensas que se les ofrecen como retribución, respetar con dignidad a sus superiores jerárquicos, obedecer sus órdenes en asuntos de trabajo y observar seriedad en el desempeño de sus cargos, atención al público en forma esmerada y guardarle la consideración debida, conducirse con la debida corrección en las relaciones con sus compañeros de trabajo y cumplir con sus obligaciones de manera imparcial y desinteresada.

Amonestación Escrita, procede este tipo de sanción, cuando antes de transcurrir el término de un mes de la primera infracción oral privada, se hiciere merecedor de otra amonestación en cuyo caso será escrita. Quiero hacer observación en estas dos clases de sanciones que pueden imponerlas en única Instancia la Comisión y los jefes del Servicio con la sola comprobación del hecho que las motiva y no admiten ningún recurso. O sea que de acuerdo a la Ley queda a criterio de la Comisión o de los jefes de Servicio imponer esta sanción, sin que exista un trámite que permita defenderse al funcionario o empleado, y peor aún cuando ni siquiera admite recurso. Esto puede ser perjudicial para la armonía de las Oficinas Públicas ya que el funcionario amonestado puede verse perturbado psicológicamente, especialmente cuando las sanciones son impuestas por los jefes en atención a motivos de tipo personal, o injustificadamente. A pesar de que son las sanciones más leves que se les imponen a los funcionarios, considero que debe otorgársele garantías para que éste pueda defenderse.

Otra observación que deseo hacer es que en la actualidad, por carecer de un Reglamento que garantice la aplicación de la Ley de Servicio Civil, estas clases de amonestaciones es difícil que legalmente tengan fundamento ya que las faltas leves a que dán lugar no están determinadas por no existir Reglamento.

Multas; Esta es una sanción de tipo económica en contra del funcionario infractor y no podrán exceder del diez por ciento del sueldo mensual devengado, y se origina cuando las faltas al reglamento, fueren graves a juicio del Organismo que debe imponerlas, pero se impondrán siempre al funcionario o empleado que no asista a su trabajo o no lo haga con la puntualidad sin motivo justificado. Esta sanción es impuesta por la Comisión de Servicio Civil quien recibirá la prueba al serle presentada la denuncia dentro del término de cuatro días improrrogables, vencidos los cuales dictará sentencia. Considero que este procedimiento es aplicable cuando la falta a los reglamentos fuere grave, ya que cuando se trata de no asistencia al trabajo o falta de puntualidad, es el jefe respectivo quien de conformidad a la Ley del presupuesto general de la nación impone las sanciones que corresponden, y cuando son faltas de puntualidad se sanciona con la pérdida del sueldo en relación al tiempo perdido, toda vez que las faltas no excedan de tres, en cuyo caso la sanción será el doble de ese tiempo. También la misma ley regula las faltas de asistencia no justificada con la pérdida del doble sueldo correspondiente al tiempo faltado, pero si dichas faltas excedieren de dos en un mismo mes, el exceso

se sanciona con el doble de la cantidad anterior.

Suspensión sin goce de sueldo: Esta sanción no podrá exceder de un mes y se impone por la comisión respectiva a los funcionarios o empleados públicos que no cumplan con sus deberes indicados en el Art. 31 que ya he mencionado y toda vez que la falta cometida no amerite la destitución o despido. El procedimiento que se utiliza para la imposición de esta sanción es el mismo que ya mencioné para el caso de las multas y en uno y otra sanción admiten recurso para ante el Tribunal de Servicio Civil. Se señala también que es caso de suspensión sin goce de sueldo, cuando por autoridad competente se decreta contra el funcionario o empleado auto de de tención por delito doloso que no admite excarcelación o por delito e x c a r c e l a b l e mientras ella no se haga efectiva. En e s t e caso la suspensión podrá pasar de un mes y si pasaren más de tres meses dará lugar al despido. O sea que en esta sanción se separa temporalmente del cargo al funcionario, sin la correspondiente cancelación de su sueldo correspondiente al período de suspensión.

Postergación en el ascenso y rebaja de categoría: Esta sanción se aplica a los funcionarios que han sido suspendidos dos veces en el término de un año y la sanción no podía durar ^{más} de dos años y se determinará tomando en cuenta la gravedad de las faltas que motivaron las suspensiones.

Despido y Destitución: En materia de Servicio Civil é s t a s a n c i o n e s o n l a s m á s s e v e r a s, naturalmente se imponen por faltas cometidas por el funcionario, a las cuales la m i s m a L e y les dá el carácter de grave, e implica la separación

del funcionario del cargo o empleo que ocupa. Las causas de despido en relación a las causales de destitución son más graves y los efectos que producen son también distintos ya que de acuerdo a la Ley, el funcionario destituido no podrá reingresar a la Carrera Administrativa mientras no sea rehabilitado por el Tribunal del Servicio Civil.

Las causales de despido/^{las} pueden resumir de la siguiente manera: el incumplimiento reiterado y grave en el desempeño con celo, diligencia y probidad de las obligaciones inherentes al cargo de parte del funcionario; hacerse acreedor de una tercera suspensión en el término de un año y desempeñar sin autorización debida, empleos de carácter privado incompatibles con el cargo que desempeña; falta notoria de idoneidad manifestada en el desempeño del cargo o empleo y haber sido condenado en sentencia ejecutoriada por delitos comunes; prevalerse de su cargo para hacer política eleccionaria durante los procesos electorales o por limitar el derecho que todo ciudadano aún en su carácter de funcionario tiene de afiliarse a partidos políticos autorizados por la Ley, y por último también es motivo de despido declararse en huelga o abandonar el empleo o cargo.

Son causales de destitución, faltar gravemente a los deberes de reserva discreción, rechazo de dádivas, respeto con dignidad a sus superiores, obediencia debida, atención al público, corrección dentro de su cargo y no cumplimiento de sus obligaciones de manera imparcial y desinteresada. Infringir las prohibiciones que la Ley, en el Art. 32 le establece; ejecutar actos graves de inmoralidad en la Oficina

donde se trabaje, ingerir bebidas embriagantes o usar drogas enervantes en el lugar de trabajo, o presentarse al mismo/^{en}estado de ebriedad o bajo la influencia de dichas drogas; causar maliciosamente daños materiales en los edificios y equipos de Oficina; ser condenado en sentencia ejecutoriada por delito cometido en el ejercicio de sus funciones o que lleva consigo la pena de destitución, y, por último el abandono del cargo, lo que se presumirá cuando el funcionario o empleado faltare por más de ocho días consecutivos sin causa justificada al desempeño de sus funciones.

Esta clase de sanciones, el despido y la destitución, son impuestas por la comisión respectiva y de ellas se puede recurrir en revisión para ante el Tribunal de Servicio Civil. Al producirse la destitución o despido, el Estado o los titulares de sus Organos no estarán obligados a reconocer indemnización al funcionario culpable.

c) Principios Fundamentales del Proceso Disciplinario. Considero que en esta clase de procedimientos debe procurarse que las personas que constituyen los Organismos, sean imparciales y que se encuentren en jerarquía superior del demandado y que cuenten con Idoneidad Técnica en cuestiones de derecho, y el objetivo del proceso debe ser la búsqueda de la verdad mediante todas aquellas pruebas de las que se tuviere conocimiento. Otro aspecto importante, es que antes de imponerse al funcionario las sanciones, debe comunicársele los cargos que se le hagan y permitírsele el derecho de defensa con la intervención de personas letradas.

Los fallos deben ser razonados y fundados legalmente, y de ellos debe concederse recursos ante Tribunales superiores para impugnarlos. De esta manera apreciaríamos del mismo fallo si éste es justo, relacionando las apreciaciones y consideraciones de la falta imputada, además la impugnación dá lugar a evitar que predomine un criterio personal que pueda fundarse en juicio erróneo o pacional.

Nuestra Ley de Servicio Civil, establece los procedimientos a seguirse para la imposición de las sanciones que ella contempla. En relación a la amonestación oral privada y escrita ya manifestaba, que son impuestas por la Comisión de Servicio Civil, o por los Jefes de Servicio con la sola comprobación del hecho, sin que ellas admitan recursos, es decir que de acuerdo a la Ley no se permite al funcionario su defensa en esta clase de sanciones, aunque leves, podrían perjudicar las buenas relaciones del personal de los Organismos correspondientes. Ante esta situación los perjudicados podrían reclamar ante el Tribunal del Servicio Civil, alegando injusticia manifiesta causada por ellas. Sin embargo este tipo de reclamación no lo considera la Ley como un recurso.

En cuanto a la multa y suspensión, ya manifestaba anteriormente el procedimiento que la Ley señala. En cuanto a la postergación en el ascenso y rebaja de categorías, le toca imponerlas al Tribunal de Servicio Civil.

En cuanto al despido y a la destitución, el Art. 55 de la Ley establece que el procedimiento se inicia ante la respectiva comisión, comunicación escrita que hace la autoridad

o Jefe del Funcionario, de su decisión de despedir o sustituir al funcionario culpable, expresando las razones legales, los hechos en que se funda y proponiendo la prueba de éstos. Esta decisión se hará saber al funcionario demandado, y se le dará un plazo de tres días contados desde la respectiva notificación para que exponga los motivos que tenga para oponerse a su destitución o despido y proponga las pruebas de descargo que existieren a su favor. La consecuencia de este término es desastrosa y la considero incluso inconstitucional, ya que dice la Ley de que si vencido el plazo, no hubiere presentado oposición o manifestare expresamente su conformidad, quedará despedido o destituido definitivamente, a menos que dentro del tercero día de vencido el plazo, compruebe ante la Comisión haber estado impedido por justa causa para ^{no} oponerse, en cuyo caso se le concederá un nuevo plazo de tres días. Solamente que hubiere oposición la Comisión instruirá informativo, con intervención de ambas partes y recibirá pruebas dentro del término de ocho días vencidos los cuales, confirmará o revocará la decisión de destitución o despido. De esta sentencia las partes pueden recurrir en revisión del fallo, para ante el Tribunal de Servicio Civil, debiendo interponer éste recurso en el término fatal de tres días a partir de la respectiva notificación, ante la Comisión sentenciadora y en él se expresarán de una sola vez los motivos que se tengan para impugnar la resolución. El Tribunal resolverá el recurso con la sola vista de los autos, dentro de los tres días contados desde el siguiente al de su recibo y se concretará a confirmar, modificar o revocar el fallo

de Primera Instancia, y cuando éste sea favorable al demandado podrá también reintegrarlo a un puesto de igual categoría y clase en una Oficina distinta si las circunstancias pudieran indicar que el Jefe pueda tomar represalias contra el demandado.

En el Capítulo Noveno de este trabajo mencionaré las reformas que considero necesarias en la Ley de Servicio Civil, para que esta pueda cumplir con los objetivos que le señala la Constitución Política. Quiero referirme nada más por ahora al caso de supresión de plaza, Art. 30 Ley de Servicio Civil en el que se establece que el funcionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al sueldo mensual correspondiente a dicha plaza por cada año o fracción. Considero que en este caso la responsabilidad de dicha indemnización no corresponde al jefe de dependencia, sino que es responsabilidad del Estado y por tanto, el tribunal de Servicio Civil no es competente para conocer de aquellas demandas que tenga que presentar el funcionario cuando por motivos presupuestarios no se le cancele dicha indemnización. Considero que en este conflicto no es el Tribunal el competente sino de conformidad al Art. 90 Cn. y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la Cámara Primera de lo Civil de la Capital, ya que realmente se trata de un juicio contra el Estado y no de un juicio contra el jefe de la dependencia.

CAPITULO QUINTO

12.- B) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CONTABLE

He considerado conveniente estudiar bajo esta denominación, la Responsabilidad en que incurren los agentes públicos cuando ocasionan perjuicio a los bienes de la Administración. El uso de tal denominación no representa una responsabilidad restringida, sino que lo he tomado para evitar confusiones en relación a la Responsabilidad Disciplinaria y Civil. Existen en las legislaciones, Organismos especiales y procedimientos determinados para establecer esta responsabilidad, a la que está sujeto todo agente de la Administración que haya hecho gestiones con dinero público.

Algunas legislaciones establecen diferencias en procedimientos para determinar esta clase de Responsabilidad, mediante Juicio de Cuentas y Juicios de Responsabilidad. El primero, procede a consecuencia de la administración a cargo del agente que tenga a su cargo la recaudación, custodia del dinero público o la guarda o distribución de bienes del Estado. El segundo investiga los daños ocasionados a los bienes del Estado, sea por hechos, omisiones negligencias o actos dolosos.

De acuerdo a nuestra legislación corresponde a la Corte de Cuentas de la República la fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del presupuesto en particular, y se le considera a este Organismo independiente del Poder Ejecutivo. Para el cumplimiento de tal objeto la Constitución Política, la Ley Orgánica y Reglamentos de la Corte de Cuentas de la República, desarrollan los principios y las

atribuciones que corresponderán a dicho Organismo. De las atribuciones que le señala la Constitución Política a la Corte, podemos deducir que la fiscalización que le ha sido encomendada, la desarrolla la Corte tanto en el aspecto Administrativo como en el aspecto jurisdiccional.

a) Corte de Cuentas de la República:

La fiscalización la verifica la Corte mediante dos formas de intervención: la intervención preventiva sobre el ingreso, sobre el gasto y sobre el pago. La segunda forma de control, es la de intervención a posteriori dentro de la cual podemos distinguir, la de carácter administrativo y la de carácter jurisdiccional.

Toda la intervención preventiva que realice la Corte de Cuentas de la República, es un control de tipo Administrativo y tiene su fundamento en las atribuciones primera y segunda del Art. 128 Cn., que consisten en que le corresponden vigilar la recaudación, la custodia, el compromiso y la erogación de los fondos públicos, así como la liquidación de impuestos y demás contribuciones que la Ley le determine, y autorizar toda salida de fondos del Tesoro Público de acuerdo con el Presupuesto, intervenir preventivamente en todo acto que de manera directa o indirecta afecte al tesoro Público o al patrimonio del Estado. Tiene por principal finalidad, en consecuencia, que los bienes sujetos a su vigilancia y fiscalización, sean manejados por los agentes públicos, con apego a las disposiciones legales. Este control Administrativo corresponde al Presidente de la Corte de Cuentas de la República, quien podrá ejercerlo personalmente, por

medio de los Departamentos Administrativos, o por medio de interventores designados por él, entre el personal de su dependencia o entre el personal de otros Organismos del Estado cuando la Ley se lo permite, La intervención preventiva sobre el ingreso es aquella en la que la Corte interviene sobre todo acto que implique un ingreso a favor del Estado, incluso las liquidaciones de impuesto, tasas, precios, etc. La intervención preventiva sobre el gasto se manifiesta en que cualquier acto que afecte el patrimonio del Estado ya sea como compromiso, obligación, pago o abono, deberá ser sometido a la Corte, junto con los documentos que justifiquen dicho gasto, y antes de que pueda tener efecto alguno, para que este Organismo lo examine, apruebe y registre. La intervención preventiva sobre el pago es aquella que consiste en que toda orden ó mandamiento de pago será legal y podrá ser cancelado por los pagadores, siempre que tenga el visto del Presidente de la Corte o de uno de los interventores debidamente autorizado para ello. El Presidente de la Corte rechazará aquellos documentos que no se encuentren amparados en una partida en el presupuesto, o cuando no existe dentro de ella saldo disponible o suficiente para cubrirlo, o que se refieran a partidas distintas y aquellos cuyas operaciones no se hubieran ajustado a las normas legales.

La intervención a posteriori es aquella que se efectúa después de que han sido ejecutados los actos a que se refiere, y tiene por objeto verificar la conformidad de tales actos con la Ley, reglamentos e instrucciones emanados de autoridad competente, y si en la gestión ha habido honradez y

la debida diligencia. Se divide en Administrativa y jurisdiccional. La primera tiene por principal finalidad depurar y completar las cuentas rendidas, antes de someterlas a la intervenci3n jurisdiccional, y poner remedio inmediato a las irregularidades que se encuentren. Se efectúa de manera más o menos continua. La segunda se efectúa de manera periódica por medio del Juicio de Cuentas, y tiene por finalidad determinar de manera definitiva las responsabilidades pecuniaras que quepa deducir a los sujetos a tal intervenci3n. Están obligados a rendir cuenta ante la Corte de Cuentas de la República toda persona que tenga a su cargo la recaudaci3n, la custodia, o el pago de dineros públicos o la guarda o distribuci3n de bienes del Estado, en los términos y forma establecidos por la Ley. En igual obligaci3n se encuentran los liquidadores de impuesto, derechos, etc. a juicio de la Corte.

La intervenci3n a posteriori, de carácter Administrativo es ejercida también por ^{el} Presidente de la Corte, en la misma forma que la preventiva, ya sea sobre las operaciones que sean informadas a la Corte o ya inspeccionando la Contabilidad de la Oficina, Instituci3n o Empresa de que se trate.

He considerado conveniente que los temas relativos al Juicio de Cuentas, Pliegos de reparo y Ejecuci3n de Sentencia, los desarrollaré únicamente desde el punto de vista de la Responsabilidad que mediante ellos se determina en contra de los funcionarios, ya que la amplitud de ellos no puede ser objeto de estudio en un solo Capítulo de Tesis. Sin embargo para comprender estos Temas quiero referirme antes, en el siguiente literal, a la Organizaci3n de la Corte, o sea

las dependencias que este Instituto comprende para ejercer el control administrativo y jurisdiccional que le ha sido encomendado.

b) Organización de la Corte.

Para ejercer el control administrativo, la Corte de Cuentas comprende los siguientes Departamentos: de Secretaría y Personal, de Control del Presupuesto, de Control del Tesoro, de Contabilidad, de Auditoría, de Control de Aduanas, de Control de Instituciones Autónomas y de Control Municipal. Cada uno de éstos Departamentos tienen las condiciones necesarias para cumplir con el trabajo que se les encomienda.

El Departamento de Control del Presupuesto, tiene como atribución autorizar toda salida de fondos del Tesoro Público, de acuerdo con el Presupuesto y lleva también el Registro de Empleados de la Administración Pública. El Departamento del Control de Tesoro tiene a su cargo el control administrativo sobre el manejo de fondos, ingresos y pagos, en las distintas Oficinas de la Administración Pública. A este Departamento le corresponde preparar las cuentas a efecto de que sean sometidas al control jurisdiccional por semestre, lo cual se efectúa por los redactores y examinadores del Departamento. Estas cuentas aprobadas por un redactor serán pasadas al Jefe del Departamento, quien la comunicará al cuentadante para que conteste dentro de un término que al efecto se fija. Si las observaciones hechas al cuentadante no fueren desvirtuadas, vencido el término se formularán los Pliegos de Cargo, y se prevendrá al cuentadante que pague lo que proceda. Con los pliegos de observaciones las contestaciones a ello, y

la constancia de la expedición de los Pliegos de Cargo se formará un expediente, el cual pasará a las Cámaras, en donde se inicia la intervención a posteriori jurisdiccional que veremos en el siguiente literal, o del examen que esta Cámara haga se declarará que no procede hacer ningún reparo u objeción y en consecuencia aprobará la cuenta declarando al cuentadante solvente por las operaciones comprendidas en ella.

Los Departamentos de Control de Aduenas, de Instituciones autónomas, y de municipalidades desarrollan las mismas funciones encomendadas al Departamento de Control del Tesoro, en lo relativo a las materias que sus denominaciones indican. El Departamento de Contabilidad, tiene a su cargo la Contabilidad General del Estado, tanto la que se refiere a la gestión presupuestal como a la patrimonial; ejerce también el control sobre los valores que constituyen el patrimonio del mismo Estado. El Departamento de Auditoría tiene como principal atribución examinar y verificar la contabilidad que por medio de igual dependencia lleva el Poder Ejecutivo en el Ramo de Hacienda con el objeto de comprobar si las operaciones de dicha contabilidad han sido registradas correctamente y si los actos que las originan se encuentran dentro de la esfera legal que rige la gestión financiera del Estado.

Para el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Corte de Cuentas de la República, y de acuerdo al Art. 130 Cn., se divide en una Cámara de Segunda Instancia que está formada por el Presidente de la Corte y por

dos Magistrados cuyo número puede ser aumentado por la Ley. Estos funcionarios son electos por la Asamblea Legislativa para un período de tres años. Estos funcionarios de acuerdo a la misma Constitución deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años, de honradez y competencia notorias, y deben estar en el ejercicio de los derechos de ciudadanos y haberlo estado en los tres años anteriores a su elección.

Existen también Cámaras de Primera Instancia, formada por dos Jueces de Cuenta, nombrados por la Cámara de Segunda Instancia, y cuyo número en la actualidad es de cinco. Las Cámaras Cuarta y Quinta conocen de lo Municipal y las restantes conocen lo fiscal. Corresponde a estas Cámaras verificar la glosa, o sea el examen, verificación de las cuentas que le son remitidas por los respectivos Departamentos Administrativos, a fin de aprobarles o improbarles. Cuando ha habido intervención a posteriori de carácter Administrativo no será necesario la glosa total, a juicio de la Cámara respectiva, pero sí deberá ser completa cuando no ha habido ésta intervención. Se deberá indicar quien de los dos jueces ha efectuado la glosa, y se exige también este requisito cuando no hubiere pliego de reparos. También existen dentro de la Organización jurisdiccional dos Secretarios que actúan indistintamente con la Cámara de Segunda Instancia y las Cámaras de Primera Instancia.

c) Juicio de Cuentas.

Este Juicio tiene su fundamento en la atribución tercera que el Art. 128 Cn., le señala a la Corte de Cuentas de la República, y que consiste en vigilar, inspeccionar y glosar las

cuentas de los funcionarios que manejen fondos o bienes públicos, y conocer de los juicios a que den lugar dichas cuentas. Este juicio tiene características muy especiales que lo hacen diferenciarse de los otros juicios. Efectivamente, el Estado, a través de la Corte ejerce no solo el control administrativo a que ya nos hemos referido, sino al mismo tiempo el control jurisdiccional que es el que tiene por objeto determinar la responsabilidad de los agentes públicos sujetos a esta ley, es decir que pasando por el Control Administrativo llegamos al jurisdiccional que es el que nos interesa para efectos de determinar esta responsabilidad administrativa contable. Es el mismo Organismo, el que establece los cargos en contra del cuentadante y es ante este mismo Organismo que se establece la existencia o no de ello. Las partes en este juicio tienen una calidad específica, el agente público por una parte y el Estado como actor por la otra. De tal manera que en estas condiciones podemos distinguirla de la responsabilidad civil de los agentes públicos, ya que ésta es aquella que los funcionarios adquieren frente a los particulares, o frente al Estado cuando ocasionan daños en bienes del patrimonio del Estado, pero que éstos no se originan por la recaudación, custodia o manejo de fondos.

En este Juicio de Cuentas se requiere conocimientos técnicos de la materia contable, por lo que la Ley ha creado este Organismo técnico independiente del Poder Ejecutivo.

La responsabilidad que se pretende establecer en este juicio, es de carácter especial, distinta de la que toca de-

ducir a los tribunales civiles o penales. Sobre esta materia la Corte de Cuentas de la República se limita a dar aviso al Ministerio Público, para que éste ejerza las acciones que crea conveniente. Esta Responsabilidad es independiente a tal grado que puede perseguirse y determinarse, sin que para ello sea necesario esperar el resultado de los asuntos civiles o penales que puedan tener relación con las cuentas, valores, o liquidaciones que hubieren estado a cargo de los responsables. De tal manera que si a un funcionario público se le procesa criminalmente por delitos de peculado, malversación, o de cualquier otro delito que afecte los intereses del erario nacional o Municipal o de las Instituciones nacionales autónomas, y es absuelto en este juicio por no haberse establecido su responsabilidad, este fallo no tiene efectos en el Juicio de Cuentas, ya que se considere completamente independiente, esto es así como lo dije antes por la naturaleza especial del objeto que se discute en el Juicio de Cuentas, y además por que ambos procesos tienen finalidades distintas, en el penal el castigo del delincuente y en el Juicio de Cuentas la Responsabilidad Pecuniaria del cuentadante a favor del Estado.

d) Pliegos de Reparos.

Cuando el Departamento Administrativo correspondiente remiten el expediente a las Cámaras respectivas, éstas procederán a verificar el examen de la Cuenta. De acuerdo al Inciso segundo del Art. 55 de la Ley de la Corte se entiende por cuenta el conjunto de elementos necesarios para fijar las responsabilidades que quepa deducir en lo concerniente

a una gestión determinada, ya sea este conjunto presentado por el cuentadante, ya sea formado o completado en la propia corte, de conformidad con la Ley". El cuentadante es aquella persona que por razón de su cargo, por comisión temporal o especial, o de hecho recaude, custodie o maneje en cualquier forma bienes del Estado, y que de conformidad con la Ley está obligada a rendir cuenta a la Corte.

Las Cámaras respectivas, al verificar la glosa realizan una actividad puramente Administrativa, y es cuando como consecuencia del examen encuentran reparos u objeciones que hacer, que redactan un Pliego de Reparos, sacando las copias autorizadas que fueren necesarias para entregarlas a la persona o a las personas directamente responsables, a sus fiadores y a cualquier otra persona a quien afecte el Reparo. Una copia de éste Pliego de Reparos se entrega al Ministerio Público, quien es parte desde ese momento en el Juicio. El Pliego de Reparos señala también el término dentro del cual los interesados contestarán lo que crean conveniente y pedirán se les reciba las pruebas que estimen necesarias para desvanecer los cargos que se les imputan. Si ofrecen prueba testimonial se abre el juicio a pruebas por diez días. Contestado el Pliego de Reparos o declarados rebeldes a petición del Ministerio Público o de Oficio, o transcurrido el término probatorio, la Cámara fallará en Primera Instancia previa audiencia al Ministerio Público por el término de diez días. Si los cargos han sido desvanecidos se pronunciará el fallo de solvencia y aprobará la cuenta. Si no fuere así condenará en lo que hubiere lugar y mandará se reintegren las cantida-

des correspondientes. Esta sentencia en uno u otro sentido es apelable dentro de los ocho días siguientes a las respectivas notificaciones para ante la Cámara de Segunda Instancia, que se hará en ambos efectos. El finiquito es extendido por el Presidente de la Corte, cuando se absuelve el demandado.

Cuando ha sido determinada la Responsabilidad del agente a consecuencia de los Reperos que le han sido formulados, se produce la obligación de éste de pagarlos. Esta Responsabilidad puede ser de dos clases: Solidaria y simplemente conjunta. La responsabilidad Solidaria se dá cuando frente a ella existe pluralidad de sujetos obligados, en virtud de la convención del Testamento o de la Ley. Esta Responsabilidad solidaria es pasiva y consiste en que puede exigirse a cada uno de los deudores el total de la deuda. Cuando esta Responsabilidad nace de la Ley, debe estar establecida en términos expresos por ésta.

En tales condiciones los responsables, están obligados al todo de la deuda para quedar liberados de los cargos que les han sido determinados, y el que paga queda subrogado en la acción para exigir a cada uno de los restantes deudores la parte o cuota que le corresponda en la deuda.

Al establecerse el Pliego de Reperos por la Cámara respectiva y cuando de él respondan más de dos personas la Cámara estará obligada a expresar si se trate o no de una responsabilidad solidaria, debiendo señalar la disposición legal en la que fundamenta tal afirmación.

La otra clase de Responsabilidad derivada del Pliego

de Reparos es la denominada Simplemente Conjunta. En esta clase de responsabilidad cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de su cuota, y la cuota del deudor insolvente no grava a sus codeudores. Se dé esta responsabilidad cuando expresamente la ley lo establece, o cuando ésta no diga nada al respecto.

La Ley del Ramo Municipal establece en su Art. 91 . . . Inciso noveno que si una Municipalidad o un miembro de ella ordena que se haga algún gasto o se ejecute alguna obra o trabajo Municipal con fondos Municipales, en contravención lo que ordena dicho Artículo y el 90, serán responsables solidariamente, por los sumas que inviertan en esa forma las personas que autoricen el gasto y el Tesorero que haga los pagos respectivos.

El Art. 112 de la misma Ley plantea el caso de que cuando no hay en la población una persona apta para Tesorero, o las que reuniesen las condiciones necesarias no quisieren aceptar el nombramiento, la Municipalidad eligirá dentro de sus miembros al más apto que debe hacerse cargo de la Tesorería, y todos los miembros del Municipio son solidariamente responsables de la mala Administración de los fondos.

El Art. 113 de la misma Ley establece que los Tesoreros antes de tomar posesión de su cargo rendirán caución para garantizar el manejo de los fondos y demás valores que se les encomiendan. En este caso considero que de acuerdo al documento de fianza que presente, que puede ser privado si la caución no excede de dos mil colones o mediante pólizas de seguro de fidelidad individual o colectivo, se puede originar

responsabilidad solidaria, en virtud de una convención.

El Inciso 5o. del mismo artículo establece otro caso de responsabilidad solidaria, cuando la Municipalidad que admita como fiador a una persona que no reuna las condiciones necesarias y el Alcalde que dé posesión a un Tesorero en esas condiciones.

El Art. 172 de la Ley de Tesorería establece que cuando dos o más empleados que rinden fianza resulten pecuniariamente responsables de un mismo acto, se entenderá que su responsabilidad para con el fisco es solidaria.

El Art. 22 de la Ley de Auditoría establece otro caso de responsabilidad solidaria contra los empleados que celebren contrato, sin que para ello dispongan de un crédito suficiente y legalmente autorizado.

El Art. 78 literal b) de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas se refiere a la responsabilidad solidaria y a la simplemente conjunta que hemos mencionado.

Voy a referirme ahora, a algunos casos de Responsabilidad Simplemente conjunta: El Art. 151 de la Ley del Ramo Municipal establece que la responsabilidad pecuniaria de los Alcaldes es mancomunada con sus respectivos Secretarios. Este Artículo usa el término "mancomunada" el cual desde un punto de vista legal no nos aclara la clase de Responsabilidad; sin embargo como la Ley no se refiere expresamente a responsabilidad solidaria, debe entenderse éste caso como responsabilidad simplemente conjunta.

A la misma Responsabilidad se refieren el Inciso 5o. y 6o. del Art. 106 de la misma Ley cuando establece que el

Tenedor de Libros será responsable con el Alcalde o Municipalidad, en los casos en que, por errores, omisiones o inexactitudes de las cuentas, se deduzcan responsabilidades que afecten y ocasionen pérdidas al Erario Nacional. Esta responsabilidad se aplica también a los demás miembros de las Municipalidades, si durante las sesiones que celebren en el año no protestaren por las omisiones que notaren, la que deberá hacerse constar en el acta respectiva. Quiero agregar que existe una interpretación auténtica del Inciso 5o. del Art. 106 de la Ley del Ramo Municipal, decreto No.2172 del 30 de julio de 1956 publicado en el Diario Oficial No. 155 Tomo 172 del 22 de agosto de ese año. Con base en los Incisos de la disposición citada, los Jueces de Cuentas, responsabilizaban de la falta de cobros o cobros incompletos de arbitrios municipales, a los Regidores y Síndicos Municipales, por lo que éste decreto, mediante dicha interpretación auténtica estableció que la responsabilidad no debe alcanzar a los Regidores y Síndicos, sino que en las Alcaldías donde no hay Tenedores de Libro son responsables el Alcalde y el Secretario, pero en aquellas Alcaldías en donde sí hay Tenedor de Libro a quien se le llama también Jefe del Departamento de Contabilidad o encargado de la Contabilidad la responsabilidad debe alcanzar a éste.

e) Ejecución de Sentencia.

Una vez establecida la Responsabilidad de los reparados el Presidente de la Corte de Cuentas libra la ejecutoria y se pasa al Ministerio Público para que éste proceda a pedir su cumplimiento. El Ministerio Público presenta la demanda ante

uno de los Jueces de Hacienda, acompañando a la misma la ejecutoria, la cual es ejecutiva de conformidad al número primero del Art. 591 Pr., con tal de que dicha acción no esté prescrita. El mencionado Funcionario Judicial procederá de conformidad al Art. 450 Pr. y decretará el embargo de bienes omitiendo los trámites de citación de remate, término del encargado y la Sentencia de Remate, practicándose todos los demás trámites del Juicio Ejecutivo, o sea procederá a la venta en pública subasta de los bienes que se embargaren al funcionario responsable. El Presidente manda archivar el juicio hasta que se cumpla la Sentencia en cuyo caso pasará nuevamente el Juicio a la Cámara Sentenciadora para que declare la solvencia y apruebe la cuenta, procediendo luego a expedir el finiquito y a ordenar que se archive el expediente en definitiva.

A partir del momento en que el Fiscal General de la República recibe la ejecutoria, queda bajo su competencia iniciar la recuperación de lo adeudado al Estado, de conformidad al Art. 99 Cn. No. 5o. que establece que le corresponde a este Funcionario defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de Juicios. Lamentablemente la Fiscalía General de la República no procede de inmediato a iniciar la acción sino que llama a los responsables para que amistosamente cancelen lo adeudado, les concede plazo y en la mayor parte de ocasiones los Funcionario responsables no cumplen con esa obligación dentro del plazo concedido. En otras ocasiones la Fiscalía General de la República no procede al cumplimiento de la Sen-

tencia en consideración a la persona responsable, por razones políticas, de amistad o por el poder económico de que éstas personas gozan.

Considero que la Fiscalía debe iniciar de inmediato el Juicio, ya que al demandado se le ha oído y vencido en el Juicio de Cuentas. Además este Organismo tiene facilidades para investigar los bienes propiedad de los responsables que puedan garantizar el pago de la obligación. Puede solicitar informes a los Registros de Propiedad, de Comercio, de Contribuyentes e inclusive a la misma Corte para averiguar si el responsable trabaja en otra oficina pública. No puede argumentarse de que estos Juicios no son iniciados por exceso de trabajo, ya que la Fiscalía cuenta con amplio personal idóneo y agentes específicos para cumplir esa función. Esta falta de iniciativa procesal no solamente se dá en estos casos sino también en documentos que son enviados a dichos Organismos para recuperar deudas a favor del Fisco en los casos de impuestos de sucesiones, donaciones, alcabala, Constitución de Sociedades, etc.

Al no iniciar estos Juicios la Fiscalía General de la República no cumple a cabalidad con las atribuciones que constitucionalmente le han sido encomendadas. Este incumplimiento tiene consecuencias negativas en contra de los intereses del Estado. Veamos: en primer lugar el Fisco deja de percibir fuertes cantidades de dinero que podrían ser utilizadas en beneficio de la comunidad mediante Servicios Públicos, Obras Públicas, etc., lo que beneficiaría la Renta nacional.

En segundo lugar al no cobrar estas fuertes cantidades de dinero o sea no iniciando la acción dá lugar a que éstas prescriban y por consiguiente desde ese punto de vista la Fiscalía General de la República viola la Constitución, ya que ésta establece en su Art. 133 que ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo podrán dispensar del pago de las cantidades reparadas a los funcionarios y empleados que manejen fondos fiscales o municipales, ni de las deudas a favor del Fisco o de los Municipios. Cuando la Fiscalía deja transcurrir el tiempo de la prescripción, en el fondo está dispensando las cantidades reparadas y por consiguiente está violando la Constitución. Creo, sin temor a equivocarme, que los archivos del Ministerio Público tienen o guardan buena cantidad de documentos prescritos que confirman lo que aquí expongo.

Para solucionar este problema en beneficio de los intereses fiscales, considero necesario que la Corte de Cuentas de la República controle todos los documentos que le son enviados a la Fiscalía General de la República para que este Organismo se encuentre obligado a iniciar la recuperación de los dineros adeudados al Estado, so pena de establecer reparos en contra de dicho Funcionario salvo que por motivos fuera de su alcance no pueda hacer efectivo estos créditos, lo que probaría demostrando la insolvencia económica de los responsables. En la actualidad también existen gran cantidad de Juicios iniciados por la Fiscalía que se encuentran en estado de abandono al no dárseles por este Organismo el impulso necesario.

La medida que propongo o sea el establecimiento de reparos en contra del Fiscal General de la República no puede darse en la actualidad, ya que el inciso 2o. del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas de la República, excluye de dicha jurisdicción a los funcionarios públicos a que se refiere el Art. 211 Cn. entre los cuales se encuentra el Fiscal General de la República. Considero que el inciso mencionado es inconstitucional y arbitrario porque los funcionarios a que se refiere el Art. 211 son los que más facilidad tienen para invertir los fondos públicos por senderos incorrectos, dado el Poder Político que tienen por el cargo que desempeñan. Considero que es inconstitucional porque el Art. 211 Cn. establece un privilegio procesal de tipo penal y no administrativo y además porque el Art. 128 Cn. atribución Tercera no hizo ninguna distinción de Funcionarios, por consiguiente el Juicio de Cuentas debe aplicarse a todos los funcionarios del Estado que manejen fondos o bienes públicos independientemente del cargo que desempeñan. La inconstitucionalidad a que me refiero debe ser declarada para que la Corte de Cuentas pueda realmente fiscalizar la Hacienda Pública en general y la ejecución del Presupuesto en particular, tal como se lo ordena la Constitución.

Algunas legislaciones que ya han tenido la experiencia que sucede en nuestro medio con la Fiscalía General de la República, han adoptado un sistema que consiste en que las sentencias dictadas por la Corte de Cuentas sean ejecutadas por ella. Esta situación tiene asidero legal en

nuestra Constitución; además, de esta manera se recobraría los gastos que el Estado hace pagando al numeroso personal que utilice para determinar estas cuentas, por otra parte se descargaría el trabajo de la Fiscalía y de los Tribunales Judiciales.

Para concluir el estudio de la Responsabilidad Administrativa, quiero mencionar otra forma de esta misma responsabilidad que se dá en aquellos países en donde la Administración Pública adquiere responsabilidad para con los particulares cuando se le ocasiona a éstos daños en su patrimonio por actos propios de la Administración, realizados dentro de la esfera legal. Algunas legislaciones establecen esta responsabilidad cuando los actos de que se originan son lícitos, pero a pesar de ello se ocasionan daños a los particulares concediéndoseles a éstos acción contra el Estado para obtener la indemnización correspondiente. En nuestro medio no existe la responsabilidad directa de la administración pública ^{PARA CON LOS PARTICULARES} en estos casos, por consiguiente no se reconoce esta acción, salvo casos expresamente determinados por la Ley, pero que no se desarrollan por las vías administrativas, ya que no existen Organismos competentes al efecto, sino que en éstos casos excepcionales, se concede a favor de los particulares acciones de tipo civil, y por tanto el estudio de éstos casos lo haré al desarrollar la Responsabilidad Civil. De antemano manifiesto que soy de opinión que esta responsabilidad, en contra de la Administración Pública, sería de gran beneficio y garantía para los Administrados.

CAPITULO SEXTO

RESPONSABILIDAD PENAL

Bajo el rubro de esta responsabilidad, se van estudiar dos aspectos. En primer lugar el Privilegio Procesal que regula nuestra Constitución, y las consecuencias que dicho privilegio, el antejuicio, produce. Algunos autores estudian este privilegio dentro de la responsabilidad política, pero soy del criterio que no corresponde en nuestra legislación dentro de ese tipo de responsabilidad, por las razones que ya expresé en el Capítulo Tercero. De acuerdo a nuestra legislación lo podemos estudiar como una condición procesal para el inicio del juicio penal de la responsabilidad de este tipo. La segunda parte de este capítulo comprenderá los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

13.- PRIVILEGIO PROCESAL / REGULACION CONSTITUCIONAL

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, prometiendo también el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le impone. La realidad es que en nuestro medio, las disposiciones relativas al antejuicio no han tenido ninguna aplicación práctica, no porque los funcionarios hayan cumplido al pie su protesta Constitucional, sino por situación de hecho, que impiden la aplicación de la Ley.

El Título XIII de nuestra Constitución Política, regula esta situación.

Para el mejor desarrollo de nuestro trabajo, vamos a

hacer una distinción entre aquellos funcionarios cuyo antejuicio lo conoce la Asamblea Legislativa y aquellos cuyo antejuicio lo conoce la Corte Suprema de Justicia. Además, vamos a hacer una distinción entre la responsabilidad derivada de un delito oficial o de un delito común; asimismo si se trata de funcionarios del Estado o de personas acreditadas ante el Estado como representantes diplomáticos, pero que no son funcionarios de nuestro Estado.

Ante la Asamblea Legislativa, responden por delitos oficiales y comunes, el Presidente y Vice-Presidente de la República, los designados a la presidencia, los Ministros y Subsecretarios de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Procurador General de Pobres, los Miembros del Consejo Central de Elecciones y el Consejo Superior de Salud Pública; también responden en igual forma los representantes diplomáticos, aún cuando no son funcionarios del Estado.

Son delitos oficiales, los cometidos contra los bienes jurídicos del Estado, establecidos en la Cuarta Parte del Libro Segundo de nuestro Código Penal. Los delitos cometidos contra los bienes jurídicos de las personas, de la familia, de la sociedad y de trascendencia internacional, son delitos comunes. Los funcionarios mencionados responden al antejuicio únicamente por delitos, no por faltas de tipo penal que cometan. Por éstas responderán los funcionarios cuando hayan cesado en sus funciones, y el término de la

prescripción tanto para los delitos como para las faltas comenzará a contarse desde que el funcionario cese en su cargo. El funcionario de que corresponde a la Asamblea Legislativa determinar la responsabilidad derivada del antejuicio, considero que la ha establecido nuestro legislador constituyente, con el objeto de mantener la unidad del Gobierno, y la convivencia internacional, en relación a los representantes diplomáticos.

Como se inicia el Antejjuicio.

1.- El Inciso último del Art. 211 Cn., establece que cualquier persona tiene el derecho de denunciar los delitos oficiales o comunes cometidos por los funcionarios en mención, e incluso tiene derecho de mostrarse parte, si para ello tuviere las cualidades requeridas por la ley. Es decir, toda persona puede denunciar, o puede acusar, que es a lo que se refiere la segunda parte del mencionado Inciso. Considero también que para denunciar o acusar se deben reunir los requisitos que el Código Procesal establece. El Art. 125 establece que para denunciar es necesario que la persona tenga veintiún años. El Inciso Segundo del Art. 50 del referido Código establece que para acusar estos delitos se necesita ser ciudadano, mayor de veintiún años, saber leer y escribir y estar en el ejercicio de los derechos políticos. De acuerdo al Art. 51 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa la denuncia debe ser escrita, y de acuerdo al Inc. 2o. del Art. 50 Pr. Pn. la acusación deberá ser escrita, personal y con firme y sello de Abogado director. Considero que en la acusación que nos

ocupamos existe la asistencia letrada obligatoria a que se refiere el Art. 55 Pr. Pn.

2.- El No. 2o. del Art. 99 Cn. establece que es obligación del Fiscal General de la República, denunciar o acusar personalmente ante la Asamblea o ante la Corte Suprema de Justicia, a los funcionarios indiciados de infracciones legales cuyo juzgamiento corresponden a esos Organismos. Ni la Constitución Política, ni el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, que regula el procedimiento de los juicios, no dan lugar a considerar que la Asamblea Legislativa pueda iniciar de oficio el antejuicio, salvo el caso que menciona en el siguiente párrafo.

Voy a referirme ahora, a los otros funcionarios que gozan del antejuicio, pero cuya determinación corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Advirtiéndole de antemano, que esta responsabilidad se refiere únicamente a los delitos oficiales, y que por los delitos y faltas comunes que estos funcionarios cometen, quedan sujetos a los procedimientos ordinarios. Asimismo advierto que el Antejuicio de estos funcionarios, puede ser iniciada de oficio por la Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo al Art. 213 Cn. éstos funcionarios son: Jueces de ⁺ primera Instancia, Gobernadores Departamentales, Jueces de Paz, y de acuerdo al Art. 415 Pr. además de refe-
rirse a los Jueces de Primera Instancia, especifica también que se refiere a los Jueces de Hacienda, de lo Laboral, de Tránsito, de Menores, de Inquilinato. La verdad es que no considero necesaria la prolija enumeración de este Artícu-

lo, ya que todos estos Jueces quedan comprendidos en el término "Jueces de Primera Instancia". El mismo artículo se refiere nuevamente a los Jueces de Paz, y agrega otros nuevos funcionarios: Los Jueces Ejecutores de auto de Exhibición Personal, los Arbitros, los Arbitradores, los Secretarios de todos estos funcionarios, los agentes auxiliares de la Fiscalía General de la República, los agentes auxiliares de la Procuraduría General de Pobres, los auditores generales militares, los Administradores de Renta, los empleados de aduana y los Alcaldes Municipales, cuando éstos últimos ejerzan funciones judiciales.

Al terminarse el antejuicio por los Organismos mencionados, serán juzgados por la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, si es que el antejuicio ordena que hay lugar a formación de causa.

14.- ANTEJUICIO. CONSECUENCIAS

Antes de comenzar a desarrollar este punto, quiero aclarar que el antejuicio no se establece con el objeto de determinar la responsabilidad penal de los funcionarios a que se refiere, ya que esto corresponde a los Tribunales que la Ley señala y que ya mencioné. El objeto del antejuicio es determinar si a Juicio de la Asamblea Legislativa o de la Corte Suprema de Justicia, en su caso, procede declarar, si hay o no lugar a formación de causa.

Estudiaremos primero el antejuicio, cuyo conocimiento corresponde a la Asamblea Legislativa. El Inciso 2o. del Art. 211 Cn., establece la competencia a favor de la Asamblea Legislativa, y los Artículos 51 y siguientes del Re-

glamento Interior de la Asamblea Legislativa establece el procedimiento a seguir: Presentada la denuncia o acusación, será admitida por la Asamblea toda vez que reúna los requisitos legales, y la pasará a una Comisión especial nombrada del seno de la Asamblea, compuesta de cinco miembros, un Presidente, un Secretario, un prosecretario y dos vocales, quienes serán los encargados de instruir el informativo correspondiente. Se notifica la admisión del indiciado con el objeto de que se muestre parte o nombre defensor y al Fiscal General de la República para que de conformidad al No. 2o. del Art. 99 intervenga en el juicio. La Asamblea nombrará, por mandato constitucional, un Fiscal de su seno, y un defensor especial de su seno y de Oficio, si el indiciado dentro del tercero día no se muestra parte o no nombra defensor.

La Comisión Especial investigará el hecho, recibiendo las pruebas que se le presentaren, en pro o en contra del reo, y la intervención de las partes. Depurado en lo posible el informativo, dará cuenta a la Asamblea, quien lo pasará a Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, para que dictamine si esté o no depurado suficientemente el informativo. Caso de que no se encontrare suficientemente depurado, lo devolverá a la Comisión Especial para que lo termine de depurar.

Al estar depurado el informativo, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, previa audiencia a las partes, formulará el dictamen correspondiente y señalará día y hora, para que la Asamblea discuta el asunto y declare

si hay o no hay lugar a formación de causa.

Si la Asamblea declara que no hay lugar a formación de causa, las diligencias se archivarán, pero el funcionario podrá ser procesado por ese delito cuando haya cesado en el ejercicio de sus funciones. Si la Asamblea declara que hay lugar a formación de causa, pasará las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, quien conocerá en Primera Instancia, encontrándonos ya en este caso frente a la responsabilidad penal del funcionario.

Vamos ahora el antejudio cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia. La denuncia o acusación se presenta a la Secretaría de la Corte, o ésta inicia el procedimiento de Oficio, pero podrá ordenar a la Cámara Seccional respectiva que practique la instrucción, si el imputado fuere Juez de Primera Instancia o Gobernador Departamental, o podrá comisionar dicha instrucción al Juez de Primera Instancia si el imputado fuere otro de los funcionarios, a cuyo beneficio se establece este procedimiento. La Cámara o Juez verificará la instrucción, absteniéndose de dictar auto de detención provisional contra el imputado, ya que éste procedimiento tiene otro objeto y que no es el de determinar la responsabilidad penal. Concluida la instrucción, dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia, quien declarará, dentro de tercero día si hay lugar o no a formación de causa contra el funcionario imputado. Llame la atención que de acuerdo al Inciso último del Art. 419 Pr. Pn. y cuando la Corte Suprema de Justicia declara que no hay lugar a formación de causa, la Corte dictará sobreseimiento a favor del funcionario. Me pregunto,

será sobreseimiento de tipo penal o será relativo únicamente al antejuicio. Me inclino por esta última afirmación, ya que el delito oficial, si se cometió subsiste y puede ser juzgado el funcionario delincuente cuando haya cesado en sus funciones, de conformidad al Art. 217 Cn. Si la Corte Suprema de Justicia considera que hay lugar a formación de causa, remitirá las diligencias a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, para que inicie el procedimiento penal correspondiente en Primera Instancia.

CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL ANTEJUICIO

Si la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, declaran que no hay lugar a la formación de causa, considero que el funcionario agraviado puede iniciar acción penal contra el denunciante o acusador, por el delito de difamación, de conformidad al Art. 181 Pn., e incluso puede acusar la Fiscalía General de la República de conformidad al Art. 188 Pn.

En caso contrario, o sea cuando estos Organismos declaren que hay lugar a la formación de causa, el indiciado quedará en suspenso en el ejercicio de sus funciones, y por ningún motivo podrá continuar en el cargo. Si la sentencia definitiva ejecutoriada que se dictare en el Juicio Penal correspondiente, fuere absolutoria, volverá a su cargo, pero si fuese condenatorio quedará depuesto, además de que se le aplicará la Sanción penal correspondiente.

Quiero referirme ahora, a las situaciones de los Diputados de la Asamblea Legislativa o Constituyente. Si se trata de delitos oficiales, se sujetarán al antejuicio cuyo conocimiento corresponde a la Asamblea Legislativa, lo

mismo ocurrirá si los delitos cometidos son graves de conformidad al Inciso 2o. del Art. 19 Pn., y si se trata de delitos menos graves o faltas, podrán ser juzgados por el Juez competente, pero no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar, sino después de concluido el período de su elección.

15.- DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

Considero que al hablar de verdadera responsabilidad penal de los funcionarios públicos, tenemos que referirnos únicamente a los delitos que pueden cometer estos señores, ya que el antejuicio como antes lo expresé constituye una condición procesal, necesaria para el inicio del Juicio Penal, y, por otra parte, el antejuicio solo se dá excepcionalmente para determinados funcionarios.

En el Capítulo Primero de este trabajo, expuse los distintos criterios que se han dado, para diferenciar a los funcionarios y empleados públicos. Nuestro Código Penal, establece, "para los efectos penales", conceptos diferentes de funcionario o empleado público, agentes de autoridad o autoridad pública, Art. 459 Pn. Son funcionarios públicos dice ésta disposición todas las personas que prestan servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civil o militar en la Administración Pública del Estado, del municipio o de cualquier Institución Oficial Autónoma o Semi-Autónoma, que se hayan investido de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la Organización y realización de los Servicios Públicos. Empleados Públicos 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. Agentes de seguridad, los agentes de la Guardia Nacional, Policía Municipal, Policía Nacional, Policía de Hacienda, Policía de Aduana y Policías Bancarios. 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.

También debemos aclarar el concepto de cargo público, y para tal efecto citaré textualmente al Profesor Gustavo Labatut Glens, Derecho Penal, página 67, que al efecto dice: "Por cargo público debe entenderse, una vinculación al Estado, de carácter permanente o transitoria, proveniente del desempeño de funciones políticas, administrativas, judiciales o municipales. El concepto es amplio, como que comprende no solo las funciones políticas y de la Administración Pública, Fiscal, sino también las desempeñadas en los servicios de la Administración descentralizada, tanto territorial como Institucionalmente".

Podría afirmar, de una manera genérica, que esta responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos se da cuando en el ejercicio del cargo realizan actos u omisiones que constituyen un delito previsto y penado por las Leyes. En consecuencia, los elementos integrantes de ésta responsabilidad son los siguientes: a) Infracción en el ejercicio del cargo, por acción u omisión; b) acto doloso o culposo; c) tipicidad y penalidad.

Doctrinariamente, los delitos en los que intervienen los funcionarios o empleados públicos, han sido clasificados de la siguiente manera:

- 1) Delitos que solo pueden cometerlos los particulares, siendo el sujeto pasivo del tipo, el funcionario público;
- 2) Delitos que solo pueden cometerlos los funcionarios de la Administración Pública: Abuso de autoridad, violación de los deberes, negociaciones incompatibles, exacciones, denegaciones, y retardo de justicia;
- 3) Delitos que pueden ser cometidos tanto por funcionarios como por los particulares, pero que se agravan cuando son cometidos por los funcionarios públicos.

La primera clasificación no nos interesa, en atención a nuestro trabajo los del número dos se les conoce como delitos "propios" y los del número tres como delitos "impropios".

También las penas que le son impuestas a los funcionarios, generalmente no solo es la pena privativa de la libertad o pena pecuniaria, sino que también se le impone la inhabilitación, que puede ser absoluta o especial. La absoluta comprende la privación del empleo, privación del derecho electoral, incapacidad para obtener nuevos cargos públicos y en algunas legislaciones hasta la pérdida de los derechos jubilatorios o pensión. La especial produce la pérdida del empleo que ejerce el agente y su incapacidad para obtenerlo durante la condena, juntamente con la de sus derechos políticos, mientras dura la condena.

Nuestro Código Penal en el Título ¹tercero Libro Segundo Cuarta Parte y en los delitos cometidos contra la administración pública, se refiere en su capítulo único a los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos. Divide éstos delitos en tres secciones, la primera se refiere a los abusos de autoridad, la segunda a la corrupción de los funcionarios

y empleados públicos, y la tercera, a los delitos cometidos por particulares contra la administración pública, que para el objeto de nuestro trabajo no nos interesan estos últimos.

a) Abusos de Autoridad.

Están agrupados en esta sección, todos aquellos hechos que implican un ejercicio abusivo de la autoridad confiada a los funcionarios públicos y que perturban, el orden regular de la administración. Los elementos de los delitos amparados bajo esta sección son los siguientes: el intencional, que consiste en la voluntad de disponer de la autoridad que reviste el funcionario, para violar la ley; el material, que es la acción cuando dicta o ejecuta resoluciones ilegales, y es omisión cuando no se ejecutan las leyes cuyo cumplimiento le incumben. Nuestro Código también incluye dentro de esta sección los delitos por omisión cuando omite, rehusa hacer o retarda algún acto propio de su función. Los elementos de este delito son la omisión, elemento material, y la voluntad de abusar del cargo, elemento intencional.

Actos Arbitrarios: Art. 428 Pn. el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realiza o permite que un tercero lo hiciera, cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación estrepello contra las personas o daños en los bienes, o el uso de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio. También comprende éste delito cuando durante la detención de una persona, en la investigación de un hecho en la realización de un registro o búsqueda o en la formación de un procedimiento, se usa de violencia o vejaciones innecesarias o se realizan actos aje-

nos a la finalidad que se persigue, o no se observan las formalidades legales. También cae dentro de este delito la aplicación de tormentos o flagelaciones.

Incumplimiento de Deberes: Los elementos son los mismos que se le señalen en doctrinas que ya he mencionado.

Denegación de Auxilio. Art. 430 Pn., Elementos: Rehusar, omitir o retardar, sin causa justificada. Auxilio legalmente requerido por la autoridad competente. Se refiere únicamente al funcionario o empleado público de carácter civil, por cuanto el militar se rige por las leyes militares y solamente debe obediencia a sus autoridades.

Requerimiento de fuerza contra actos legítimos: Elementos: a) Requerir la asistencia de la fuerza pública; b) para impedir la ejecución de disposiciones u órdenes de autoridad competente o el cumplimiento de sentencias o mandatos judiciales.

Abandono individual de función, Servicio o trabajo público. Elementos: Relación pública del agente con el Estado; abandono con grave daño al servicio público.

Abandono colectivo de funciones: Elementos: número mínimo de agentes, tres; suspensión o abandono del cargo. En esta figura delictiva se castiga calificadamente a los promotores y organizadores. También se castiga la mera incitación a la suspensión o abandono colectivo de trabajo. Este delito y el anterior tienen su fundamento en el Art. 110 Cn.

Nombramientos ilegales: Elementos: dolo en proponer o nombrar para un cargo a persona en quien no concurren los requisitos legales. Este delito tiene su fundamento en los Arts.

18 y 19 de la Ley de Servicio Civil que establecen, respectivamente los requisitos de ingreso a la Carrera Administrativa y quienes no podrán ingresar en ella.

Revelación y divulgación de Secretos Oficiales: Elementos: revelación o divulgación de hechos, actuaciones o documentos que deben permanecer secretos o facilitar de alguna manera el conocimiento de ellos. Este delito es una consecuencia del deber impuesto a los funcionarios en el Art. 31 literal C y en el Art. 109 de nuestra Constitución.

Usurpación de atribuciones: Elementos: invadir atribuciones o arrogarse facultades o poderes que no son propios de su cargo y competencia.

El fundamento de este Artículo es mantener la coordinación y armonía de toda la Organización estatal. Decía en el Primer Capítulo que cada Organismo tiene determinada su esfera de acción y que los titulares de éstos Organismos también tienen determinadas todas sus facultades. Art. 6 Cn., es el fundamento de este delito.

Anticipación de funciones públicas: Elementos: entrar a desempeñar un cargo o empleo público sin llenar la formalidad que la Ley exige. El fundamento de este Artículo es la Protesta Constitucional, que establecen los Arts. 210 y 228 Cn. También tiene su fundamento en la toma de posesión del cargo de parte del funcionario, situación que se encuentra regulada por el Art. 87 y siguientes por la Ley de Presupuesto General de la Nación.

Prolongación de funciones públicas: Elementos: Continuar ejerciendo un cargo después de haber cesado legalmente. La dis-

posición del presupuesto mencionada en el delito anterior es el fundamento también de éste, pues se refiere a la cesantía de los funcionarios, la cual produce efectos desde el momento que cesa de cumplir sus deberes y de incurrir en responsabilidad con relación a su puesto Oficial. También tiene su fundamento este Artículo en el Art. 214 de nuestra Constitución, y en otras disposiciones legales que expresamente se refieren a este delito.

b) Corrupción de Funcionarios Públicos.

Peculado. Elementos: apropiarse en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o Municipales; que dicho funcionario esté encargado de la recaudación, administración, custodia o venta, en virtud de su cargo. Cuando el delito se comete aprovechándose del error de un tercero la sanción es menor. También se castiga el peculado por culpa cuando por este motivo el funcionario o empleado diera ocasión a que se cometa por otra el peculado. Nuestro Código Penal establece, como motivo de extinción o de rebaja de la pena la devolución total o parcial de lo sustraído por parte del responsable, dentro del período de la instrucción. El término peculado tiene su origen histórico en la legislación romana Julio César comprendió por la Ley Julia de Peculato, la disipación de las cosas destinadas a los sacrificios. Se deriva de los términos Pecus y de pecore y se constituye este delito cuando alguien se apodera de las cabezas de ganado del Estado, ya que el erario público consistía en cabezas de ganado. Esta terminología es nueva ya que el Código anterior no utilizaba dicho término.

Concusión. Elementos: abusar de su calidad o de su función para obligar a otro a darle o prometerle indebidamente a él o a un tercero, dinero u otra utilidad. Este delito es complejo por cuanto requiere dos actos distintos: el abuso de poder que es el medio, y la sustracción de dinero u otra utilidad que es el fin.

Negociaciones Ilíticas. Elementos: se dan en dos situaciones: cuando por sí o por persona intermedia, por actos simulados o por orden de superior jerárquico, toma un interés privado en cualquier contrato, suministro, licitación, subasta, decisión o cualquier operación en que interviniera por razón de su cargo para que se produzca determinado resultado. En segundo lugar cuando por razón de su cargo intervienen en su contrato, suministro, licitación o subasta en que esté interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios. Este delito se hace extensivo a otras personas que no son funcionarios públicos; Arbitros, peritos, Contadores, Tutores, Curadores y Síndicos.

Exacción: Elementos: el que prevaleciéndose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquier otra prestación que sabe que no es legal o aún siendo legal empleare para su cobro medio vejatorio o gravoso, o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima. Nuestro Código contempla dos casos de exacción la de contribución y aquella

con intimidación o falsa orden.

Cohecho pasivo: El funcionario que por sí o por otra persona solicitare o recibiere una dádiva, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido; también se dá el cohecho pasivo impropio que se dá en las mismas condiciones que el anterior pero para hacer un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo.

Malversación: Cuando se dán a los caudales o efectos que se administran una diferente aplicación de aquella a que estuvieren legalmente destinados. Y la pena es mayor si del hecho resultare daño o entorpecimiento del servicio público que le estuviere encomendado.

Enriquecimiento ilícito. De este delito trataré de manera especial en el capítulo octavo de este trabajo.

Infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos: el que sustrajere, destruyere, ocultare o inutilizare registros o documentos que le estuvieren confiados por razón de su cargo.

Abuso contra la honestidad. Cuando se tiene acceso carnal con persona que tenga peticiones pendientes de resolución, toda vez que el hecho no constituyere otro delito más grave.

c) Proceso de exhibición de la Persona.

Este proceso se inicia cuando existe prisión, encierro, custodia o restricción que no esté autorizada por la ley o que es ejercido de un modo o en un grado no autorizada por la misma. Se establece como una primera garantía del individuo cualquiera que sea la nacionalidad, o residencia del per-

judicado. Ocurre que la libertad en la mayor parte de ocasiones es restringida por los funcionarios públicos, dando lugar al delito de detención ilegal y a que proceda también el proceso de exhibición de la persona. Cuando se dá este último se producen consecuencias legales en contra del funcionario que han sido establecidas en el Capítulo Cuarto de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

El Tribunal que haya decretado el auto de exhibición personal, una vez concluida la tramitación, ordenará que se procese a la autoridad culpable que hubiese tenido en detención, custodia o restricción al favorecido, siempre que de dichas diligencias aparezca que se ha cometido delito, para tal efecto remitirá certificación del proceso al Tribunal competente, para que de Oficio inicie el Juicio penal que corresponda.

Si el funcionario culpable es de aquellos que constitucionalmente están protegidos por el privilegio procesal del antejuicio, remitirá Certificación de los autos al Organismo que según la Ley tenga que conocer del antejuicio, para que se declare por estos Organismos si procede o no la formación de causa, en contra del funcionario.

La orden de procesamiento o la declaratoria de que a lugar de formación de causa suspende al funcionario en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, de conformidad con la Ley.

También, el Capítulo apuntado otorga responsabilidad penal en contra del Juez Ejecutor, por las faltas o irregularidades que cometa en el desempeño de su cargo, además de las sanciones civiles o disciplinarias que se le impongan.

CAPITULO SEPTIMO

16.-RESPONSABILIDAD CIVIL

Incorre en esta Responsabilidad, el funcionario o empleado público que ejercitando su cargo realiza actos u omisiones, por culpa o negligencia y que ocasionan perjuicio a un patrimonio. Del concepto anterior deducimos que los elementos de esta Responsabilidad Civil son: 1) Infracción en el ejercicio del cargo por acción u omisión; 2) Culpa o negligencia o dolo; 3) perjuicio a un patrimonio.

Antes de analizar esta Responsabilidad, de acuerdo a nuestra legislación, deseo hacer las consideraciones siguientes. El funcionario público al verificar las funciones de su cargo puede ocasionar daños a un patrimonio por no actuar dentro de su esfera de competencia, pero también puede ocasionar daños a un patrimonio cuando utilizando todo empeño, diligencia y celo y con la intención de cumplir con su cargo, en cuyo caso considero que no puede responsabilizársele por ese perjuicio. En este caso considero que la persona a quien los particulares agraviados deben reclamar el perjuicio mediante una indemnización, es el Estado. Como lo manifesté en la parte final del Capítulo Quinto en nuestro medio no existe esta responsabilidad en contra del Estado, salvo excepciones legales que ya mencionaré. El legislador debe establecer esta clase de Responsabilidad en beneficio de los Administradores con el objeto de garantizarles a estos la actuación del Estado y para que los daños ocasionados no sean soportados injustamente por los particulares.

En esta clase de Responsabilidad se puede dañar o bien el patrimonio de un particular o inclusive el de la propia administración. El fundamento de esta segunda lesión, se encuentra en el vínculo jurídico de carácter público que existe entre todo funcionario y el Estado.

Generalmente esta clase de responsabilidad es bastante limitada, con el objeto de no debilitar la capacidad de acción del funcionario y de no obstaculizar la actividad del Estado.

La responsabilidad civil del Funcionario tiene por objeto, reparar el daño material causado que comprende los daños y perjuicios, y éstos últimos comprenden el daño emergente y el lucro cesante.

Con el objeto de establecer la Responsabilidad Civil de los Funcionarios, mencionaré los casos en que de acuerdo a nuestra legislación, el Estado incurre en esta Responsabilidad. La regla general es que el Estado no tiene Responsabilidad Civil directa, salvo que expresamente la Ley la establezca. Entre estos casos tenemos el de revisión en materia criminal, a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados. Art. 171 Cn. inc. 2o. Este derecho se encuentra desarrollado en nuestro Código Procesal Penal a favor del imputado, cuando en sentencia de revisión se declare un error judicial, por haber reafirmado la condena en una persona inocente, en cuyo caso el Tribunal dispondrá la indemnización especial a favor del reo, en compensación de los daños materiales y morales que le han sido causados. Para fijar el monto de esta indemnización el Tribunal tomará en cuenta los justificativos o comprobantes y podrá establecerse a favor del condenado y de sus here-

deros, cuando aquél hubiere fallecido. Un segundo caso lo establece el Art. 16 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos, cuando determina que el Estado o el Municipio está obligado a indemnizar en los daños y perjuicios al funcionario, a quien se le ha iniciado procedimiento por enriquecimiento ilícito, por orden de la Corte Suprema de Justicia, y es absuelto de los cargos formulados en Sentencia Ejecutoriada.

Otro caso de Responsabilidad, lo encontramos en el Art. 138 Cn., que establece que la expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización. La misma disposición establece que cuando la expropiación sea motivada por necesidades provenientes de guerra o de calamidad pública, y cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, la indemnización podrá no ser previa. En atención al monto de la indemnización el pago podrá hacerse a plazos, los cuales no excederán en conjunto de veinte años. Todos éstos casos de expropiación son obligaciones pecuniarias a cargo del Estado. Por último quiero hacer referencia a que también el Estado adquiere obligaciones económicas en el rescate de Servicios Públicos, de conformidad al Inciso 2o. del Art. 142 Cn., que establece que el Estado podrá tomar a su cargo Servicios Públicos cuando los intereses sociales así lo exijan. Si este Servicio Público es prestado por personas privadas el Estado deberá indemnizar a éstas por el rescate de dicho Servicio. Veamos ahora los casos de responsabilidad Civil a

cargo de los funcionarios públicos, de acuerdo a nuestra legislación.

a) PROCESO DE AMPARO

El Art. 221 Cn. establece que toda persona puede pedir amparo ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución. Esta acción procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus Organismos descentralizados, que viole los derechos constitucionales u obstaculicen su ejercicio, toda vez que no pueda subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos. Si el derecho violado o restringido fuere el de la libertad dará lugar al proceso de exhibición de la persona .

Presentada la demanda de amparo ante la Corte Suprema de Justicia será tramitado el proceso en la Sala de Amparo de la misma Corte y será parte en el mismo la autoridad o funcionario demandado y previos los trámites que la Ley de la materia establece, la Sala de Amparos pronunciará la Sentencia que conforme a derecho sea procedente. Si la sentencia deniega el Amparo o en la secuela del proceso no se rinde por parte del autor prueba sobre la existencia del acto reclamado, cuando aquella fuere necesaria, se condenará al actor en costas daños y perjuicios y también se condenará en iguales términos al tercero que sucumbiere en sus pretenciones.

Si la Sentencia concede el amparo, se ordenará a la autoridad demandada, que las cosas vuelvan al estado en que

se encontraban antes del acto reclamado, pero si éste se hubiere ejecutado en todo o en parte de un modo irremediable, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el responsable personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado. Por otra parte, cuando el funcionario en su informe hubiere negado la existencia del acto reclamado o hubiese omitido dicho informe o falsado los hechos en el mismo, la Sentencia contendrá también la condena en las costas, daños y perjuicios en contra del funcionario. Considero que los daños y perjuicios últimamente mencionados son distintos a los primeros, ya que éstos se originan por haberse ejecutado el acto reclamado, y aquellos son los daños y perjuicios originados del proceso de amparo en que ha incurrido el actor por seguir dicho proceso. Fundamento esta opinión en lo expresado en el Art. 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que hace distinción entre ambas condenas y porque en la primera o sea la que se origina de la ejecución del acto responsabiliza subsidiariamente al Estado, y en la segunda no establece esta responsabilidad por originarse de una actividad del funcionario dentro del proceso, y no de una actividad administrativa del funcionario.

b) ACCION CIVIL DE INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Estudiaré en este literal las formas como puede hacerse efectiva la Responsabilidad Civil a cargo de los funcionarios públicos, y en este sentido creo conveniente hacer tres distinciones:

- 1) La acción civil concedida a los particulares en contra

de los funcionarios, a consecuencia del proceso de amparo;

2) La acción civil a favor de los particulares, pero derivada de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo;

3) La acción civil a favor del Estado contra los funcionarios públicos, a consecuencia de daños en el patrimonio del Estado, ocasionados por los funcionarios, Hago la aclaración que esta responsabilidad es distinta de la Responsabilidad Administrativa de tipo contable, porque ésta se deriva del manejo de fondos de parte del funcionario, y la Civil a que me refiero se deriva de los daños en el patrimonio del Estado, ocasionados aún por funcionarios que no manejan fondos del Estado.

La responsabilidad civil a cargo del funcionario a consecuencia del Proceso de Amparo se hará efectiva ante los Tribunales comunes. Sin embargo, para efectos de determinar el Tribunal que conocerá de esta demanda debemos de tomar en cuenta el cargo que desempeña el funcionario y la cuantía que se reclama. Si el funcionario responsable es diputado de la Asamblea Legislativa o Constituyente, Presidente o Vicepresidente de la República, designados a la Presidencia, Ministro o Subsecretario de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o de las Cámaras de Segunda Instancia, Presidente o Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, Fiscal General de la República, Procurador General de Pobres, Miembros del Consejo Central de Elecciones o del Consejo Superior de Salud Pública y la demanda no excede de quinientos colones, conocerá en Juicio Sumario el Presidente de la Corte Suprema

de Justicia, y si la demanda es dirigida en contra de éste conocerá en igual forma el Presidente de la Sala de Amparos. Si lo reclamado excede de quinientos colones o fuere de valor indeterminado conocerá la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Si el funcionario responsable fuere un Juez de Primera Instancia, conocerá de la demanda otro Juez de Primera Instancia si lo hubiere en el lugar, y si no lo hay, por el suplente respectivo y en falta de uno y otro, conocerá el de igual clase más inmediato.

Si el funcionario responsable no fuera de los mencionados, la demanda deberá presentarse ante el Juez de Primera Instancia competente, de conformidad a los Títulos generales de competencia, quien procederá de acuerdo al Art. 960 Pr. En este caso considero que no tiene aplicación lo establecido por el Art. 41 Pr. ya que de conformidad al Art. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no corresponde a la Sala de Amparos, conocer de estas demandas.

Veamos ahora la acción civil a favor de los particulares derivada de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. De conformidad a nuestro Código Penal toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente y el que haya sufrido daño que provenga del delito, tiene derecho a la reparación e indemnización. Esta responsabilidad civil comprende la restitución que consiste en la devolución de las cosas obtenidas por el delito, o si esto no fuere posible, el pago del precio de las mismas o de su valor estimativo. Comprende también la reparación que consiste en el resarcimiento de todo daño material causado por

el delito; comprende la indemnización que consiste en los daños materiales y los morales que se hubieren causado al ofendido así como también los irrogados por razón del delito, a su familia o a terceros y por último, comprende también las costas procesales que consisten en los honorarios y gastos ocasionados en las actuaciones judiciales, necesarias para el esclarecimiento del delito.

El Estado, los Municipios y las Instituciones Oficiales Autónomas o Semi-autónomas no son responsables de las consecuencias civiles del delito cometido por el funcionario público en el ejercicio de su cargo.

El particular que quiera hacer efectiva la responsabilidad a que nos referimos, estará condicionado al cargo que dicho funcionario desempeñe dentro de la Administración Pública. Si el funcionario delincuente es de aquellos, a quienes la Constitución concede el privilegio del antejuicio en el Art. 211 Cn., y cuyo conocimiento corresponde a la Asamblea Legislativa, no podrán hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito, sino hasta que la Asamblea Legislativa declare que hay lugar a formación de causa y se ordene procesar al funcionario, en cuyo caso el particular tendrá que mostrarse parte civil, de conformidad al Código Procesal Penal. Si la Asamblea Legislativa declara que no hay lugar a formación de causa, el particular no podrá hacer efectiva esta responsabilidad, sino hasta que el funcionario haya cesado en sus funciones, ya que hasta entonces se iniciará el proceso penal, en el que también se determinará la responsabilidad civil del funcionario.

En cuanto a los funcionarios cuyo antejuicio corresponde conocer a la Corte Suprema de Justicia no hay problema, ya que estos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.

El particular ejercerá la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose solo como parte civil si el delito es culposos o preterintencional y deberá hacerlo por medio de Apoderado cuando él no lo fuere, mediante escrito que se presentará en original y tres copias en el que expresará los hechos en virtud de los cuales se considera perjudicado y la cuantía en que estime la indemnización, debiendo hacer una exposición de los fundamentos jurídicos y la cita de las disposiciones legales que considere aplicables. Esta Constitución de parte civil será admisible únicamente después del auto de elevación a plenario y antes de la Sentencia de Primera Instancia. Si se ha dictado auto de sobreseimiento definitivo, por inimputabilidad, excusa absoluta, muerte del procesado o amnistía, cuando el decreto que la conceda deje subsistente la responsabilidad civil, deberá mostrarse parte dentro de los treinta días de haber quedado ejecutoriado el auto de sobreseimiento, ya que transcurrido ese término, el Juez de Oficio la declarará inadmisibile.

En los delitos dolosos, perseguibles de oficio, la acción civil dentro del proceso penal deberá ser ejecutada por el particular, por medio del acusador particular que al efecto nombre, y en caso de que no lo haga esta acción siempre será ejercida pero por la Fiscalía General de la República.

Igual regulación se dá para los delitos de Instancia Privada.

Cuando el delito es de acción privada, tales como la injuria y la difamación, la acción civil podrá ejercitarse conjuntamente con la penal mediante acusación, o podrá ejercitarse únicamente la acción civil, pero en jurisdicción civil, en cuyo caso se tendrá por renunciada la acción penal.

Al mostrarse parte el particular reclamando la responsabilidad civil del funcionario tendrá derecho a probar y alegar, en la forma establecida por la ley todo lo relativo a las consecuencias dañosas del hecho incriminado y a las indemnizaciones civiles que reclamare.

Veamos ahora la acción civil que corresponde al Estado contra los funcionarios públicos, a consecuencia de daños ocasionados en el patrimonio o bienes del Estado. Los bienes muebles y raíces forman parte de la Hacienda Pública, y por su propia naturaleza son susceptibles de ser dañados por los funcionarios públicos e incluso por los particulares. Se dá esta responsabilidad por daños ocasionados por dolo o culpa del funcionario en edificios, maquinario, o en toda clase de bienes raíces o muebles que forman parte de la Hacienda Pública. En tales condiciones, el Estado puede iniciar acción civil en contra de los funcionarios responsables, por medio del Fiscal General de la República a quien le corresponde defender los intereses del Estado y representarlo en toda clase de juicios, esta acción civil la iniciará ante uno de los jueces de Hacienda, de conformidad al Art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se establece como

excepción a este último cuando los daños ocasionados al Estado son consecuencias de accidentes de tránsito terrestre, ocasionados por toda clase de vehículos, en cuyo caso será competente para conocer el Juez de Tránsito respectivo, de conformidad al Art. 69 de la Ley de Procedimientos Especiales sobre accidentes de tránsito.

17.- DAÑOS O PERJUICIOS CAUSADOS POR LAS FACCIÓNES.

Traigo a cuenta este caso, porque considero que es una situación especial en relación a la Responsabilidad de los funcionarios, aún cuando no es de gran trascendencia, jurídica en el sentido de que la determinación de esta Responsabilidad se dé en la práctica.

El diccionario de la lengua española, Décima Octava edición 1956, da los siguientes conceptos: Facción: 1) Parcialidad de gente rebelada o amotinada; 2) Bando, pandilla, parcialidad o partido violento o desaforados en sus procedimientos o sus designios; 3) acción de guerra; 4) acto de servicio militar. Faccioso: Dícese comúnmente del rebelde armado. Inquieto, revoltoso, perturbador de la quietud pública.

El Art. 19 de nuestra Constitución Política establece que ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán en ningún caso reclamar al gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios, que a sus personas o a sus bienes causaren las facciones y solo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpables. Estos daños se pueden presentar en los delitos contra la personalidad interna del Estado tales como los delitos de rebelión, sedición, motín y en los delitos contra la paz pública tales como los actos de terrorismo.

Esta situación se presenta también en los llamados "golpes de Estado" y si los facciosos no triunfan, la Responsabilidad a que se refiere el Art. citado será por su cuenta. En caso de que los facciosos triunfen, por ejemplo cuando la rebelión logra deponer al Presidente de la República, los facciosos adquirirán la titularidad del Poder, y ejercerán la función con aparente legitimidad de título o autoridad y de manera tranquila e ininterrumpida y habrá asentimiento del pueblo, de una manera tácita. En estas condiciones, el derecho de acción que la Constitución le concede a los particulares, es difícil de ejercer ya que los nuevos titulares pueden excepcionarse manifestando que los funcionarios culpables son los depuestos ya que és fuera/tos por su actuación/de la ley dieron lugar a la rebelión.

CAPITULO OCTAVO

18.- ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

El tema de este capítulo, ha sido objeto en las distintas legislaciones de una regulación especial, debido a que algunos funcionarios no solo aprovechan la función pública para lograr un sueldo, sino que ocupan su cargo y su autoridad, utilizando diversos medios, para enriquecerse ilícitamente. Para evitar en lo posible esta conducta delictuosa del funcionario, se considera el Enriquecimiento Ilícito como un delito y se le aplica la sanción penal correspondiente. Pero también se utilizan medios preventivos, mediante los cuales se obliga a los titulares de los Organos estatales a someterse a un control respecto de su patrimonio, y para tal efecto se establecen Registros que son utilizados para este fin, de control, exclusivamente.

Este control preventivo opera en virtud de que el Estado, determina de antemano las condiciones de admisión a las funciones públicas, y establece los deberes, derechos, garantías a que todo funcionario debe someterse, y cuando éste acepta el cargo, implícitamente acepta también el régimen establecido por el Estado. Naturalmente que este control, no se establece con el objeto de afectar el honor del funcionario, ni mucho menos persigue propósitos vejatorios, sino que su objeto es, en primer lugar, conservar, la moral administrativa y establecer una garantía indirecta a los particulares de dicha administración, es decir es un interés de carácter público.

Los hechos nos demuestran que existen personas que al momento de aceptar un cargo público se encuentran insolventes económicamente, y dentro de un período relativamente corto liberan sus obligaciones, sin existir una proporción en relación a sus ingresos. Esto opera en cargos cuya remuneración es poca pero que son apetecidos hasta el punto de que se prefieren a otros cargos bien remunerados. El enriquecimiento ilícito no se dá necesariamente aprovechando los fondos que maneja el funcionario sino que a veces se dá en una forma indirecta como cuando se autoriza al funcionario el nombramiento de otros empleados, al verificar tales nombramientos puede hacerlo en parientes o en acreedores, quienes en compensación liberan al funcionario de sus deudas. Lo mismo ocurre cuando se trata de adjudicación de Obras Públicas o cuando el Estado compra inmuebles a precios mayores de su valor real en cuyo caso el excedente del pago corre a cargo del Estado, esto ocurre por ejemplo en los casos de expropiación. También se dá esta situación cuando el funcionario tiene facultades para imponer a su criterio multas, rebajarlas o perdonarlas. Lamentablemente el control y la vigilancia de las actividades del funcionario es mínima, lo que dá lugar a que se presenten los abusos de autoridad, las negociaciones ilícitas, la concusión, el cohecho pasivo, etc. A eso agregamos que existen poderes económicos que tratan de proteger y mantener a determinados funcionarios, financiando económicamente la postulación de determinados candidatos.

El control preventivo y las acciones penales no puede asustar ni amedrentar la actividad de los funcionarios, ya

ya que si éste ha obtenido bienes legítimamente, le será fácil explicar y probar tal ingreso.

Me referiré ahora, a la regulación que nuestra legislación establece al respecto. El Art. 216 Cn. establece que todos los funcionarios públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, están en la obligación de restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran. Establece también una presunción legal de enriquecimiento ilícito que se dá cuando el aumento del capital del funcionario o del empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que cese en sus funciones fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido obtener 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. Por este efecto no solamente se toman en cuenta el capital y los ingresos del funcionario, sino también el de su cónyuge y de sus hijos. Este principio constitucional ha sido desarrollado por la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos que entró en vigencia el 27 de mayo de 1959. Esta ley considera como funcionarios y empleados públicos a todas aquellas personas que con ejercicio de autoridad o jurisdicción por elección popular directa o indirecta o por designación oficial participen de manera principal o secundaria en las funciones de todos los Organismos del Estado, o administren, o manejen bienes o fondos del Estado o del municipio, o dispon

gan de ellos, por disposición reglamentaria.

a) De las Declaraciones de Patrimonio.

La Ley mencionada establece todos los funcionarios que se encuentran obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia. Sección de Probidad, nombrando sus cargos y en general todos aquellos que manejen o intervengan en el manejo de fondos públicos o municipales o fondos particulares encomendados o administrados por el Estado, excepto aquellos que manejen fondos cuyo monto mensual no sea mayor de Un Mil Colones, También están exceptuados las personas que desempeñen cargos ad-honorem en entidades oficiales autónomas de utilidad pública o asistencia social. Estas declaraciones se mantienen en reserva, se clasifican y guardan en un archivo especial que para tal efecto lleva la Corte Suprema de Justicia.

Los funcionarios obligados deben presentar por escrito la declaración del estado de su patrimonio dentro de los sesenta días siguientes a que tomen posesión de sus cargos e igual declaración harán dentro de los sesenta días a partir de la fecha que cesen en el ejercicio de su cargo. Comprende ésta declaración una relación y estimación de todos sus bienes y de los créditos a su favor o en su contra, tanto del declarante como de su cónyuge y de sus hijos, y si respecto de estos últimos no le fuere posible determinarlo, deberá indicar cual es el motivo que se lo impide, Los bienes muebles destinados al uso privado o al consumo del funcionario y de su familia deberán indicarse en conjunto, manifestando el valor en que se estiman. Si se trata de bienes inmuebles se indicará

el folio y libro de a oficina ante la cual han sido registrados y en relación a los créditos y deudas se indicará el documento que las ampara y la persona del acreedor o del deudor.

Considero que los requisitos y las formalidades que la Ley exige en estas declaraciones es demasiado ambiguo, ya que puede entenderse, de parte de los funcionarios, que solo se les obliga declarar su patrimonio respecto de sus bienes muebles e inmuebles. La Ley debería ser más amplia en cuanto a los requisitos y las formalidades de estas declaraciones. Expondré algunos de estos aspectos.

El funcionario debe declarar las participaciones sociales que tenga en toda clase de sociedades mercantiles, debiendo puntualizar el valor de su participación, los derechos de administración y vigilancia que le corresponden y la clase de responsabilidad que haya contraído. Deberá manifestar las utilidades que en los tres últimos ejercicios haya adquirido de dichas participaciones. Deberá declarar si es propietario de empresas individuales de responsabilidad limitada o ilimitada debiendo aclarar el nombre de las sociedades o empresas y la finalidad que cada una de ellas persiga.

En atención al cargo y a su profesión deberá declarar si durante el tiempo que desempeñe su cargo, desempeñará otros de carácter privado o ejercerá su profesión, con el objeto de establecer si tales actividades son compatibles o no con el cargo público que desempeña, en atención a la naturaleza de éste o del horario a que queda sujeto.

Deberá declarar también si es propietario de títulos

valores tales como acciones al portador, bonos, certificados de depósitos, certificados fiduciarios de participación, etc.

Debe exigírsele también que mencione todas sus relaciones de crédito, bancarias o comerciales; asimismo debe declarar los contratos de seguro contra daño, responsabilidad personal, etc. que tenga a su favor debiendo manifestar la empresa aseguradora y el monto de las primas anuales que en cumplimiento a tales contratos, paga.

Debe de manifestar también las funciones que el cargo que desempeña le impone y si tiene facultades para autorizar suministros, licitaciones o subastas en que esté interesado la Hacienda Pública, y si está facultado también para imponer multas o sanciones de cualquier clase, contribuciones o impuestos, etc.

De acuerdo a la Ley de la materia la Corte Suprema de Justicia, una vez presentada la declaración podrá adoptar todas las medidas que estime necesarias, cuando el caso lo amerite para comprobar la veracidad de dichas declaraciones y en caso de que aparecieran graves indicios de enriquecimiento ilícito podrá ordenar el secuestro preventivo de los bienes del funcionario. También establece la Ley que todo ciudadano en el ejercicio de sus derechos políticos podrá denunciar al funcionario contra quien tenga pruebas o sospechas de haberse enriquecido ilícitamente. Esta denuncia y todos los demás escritos deberán llevar firma de abogado, pero si aquella no es veraz se tendrá por difamatoria y el denunciante y el Abogado director quedan obligados a indemnizar al difamado en daños y

perjuicios.

Considero también que en este sentido la Ley es deficiente, porque la investigación de la veracidad de ella queda como potestad discrecional de nuestro máximo Tribunal. Al respecto considero que la Ley debe obligar a este Organismo a que en todo caso inicie esta investigación, ya que para ello cuenta con amplias facilidades, pudiendo librar Oficio a los distintos Registros de la Propiedad o de Comercio para que éstos informen al respecto y todas las demás providencias que con vista de la declaración sean necesarias.

El derecho de acción que se les concede a los particulares considero que se encuentra demasiado limitado. Al particular no debe de exigírsele dirección de Abogado, sino como requisito de admisión que relacione todas las pruebas o sospechas fundadas que tenga, Esto no daría lugar a que cualquier particular denunciara caprichosamente a los funcionarios ya que si en estas condiciones el enriquecimiento ilícito no fue re establecido el particular cometería no solo el delito de difamación, sino el de denuncia calumniosa, que se encuentran tipificados en nuestro Código Penal, y cuya acción corresponde a la Fiscalía General de la República por ser sujeto pasivo del delito un funcionario público. En las condiciones en que actualmente se encuentra regulado este derecho creo que ningún particular se incline por ejercitar esta acción y tampoco el Abogado querrá dar su dirección.

Cuando de acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia existan indicios de enriquecimiento ilícito ordenará a la Cámara de lo Civil respectiva que inicie Juicio contra el

funcionario debiendo certificarle la documentación correspondiente. Quiero hacer notar que se trata no de un juicio Penal sino de un Juicio de naturaleza Civil.

b) Sanciones.

Las sanciones que establece la Ley de la materia podemos distinguirlas en dos formas. Las primeras que se derivan de la obligación de los funcionarios de presentar su declaración, y las segundas derivadas de la Sentencia Condenatoria del Juicio de Enriquecimiento Ilícito. Las primeras son multa y cesación del cargo, las segundas restitución e inhabilitación.

La Corte Suprema de Justicia impondrá multa de veinticinco a quinientos colones a los funcionarios que no presenten su declaración dentro del término ya conocido y le fijará un nuevo plazo prudencial para que la presente, y si no la presentan dentro de este último plazo cesará en su cargo el funcionario público, excepto que éstas sean de elección popular en cuyo caso se les impondrá una multa de quinientos a tres mil colones.

Cuando el obligado presenta declaraciones manifiestamente falsas y que le beneficien incurrirá en una multa de cincuenta a un mil colones y cesará en su cargo, excepto que sea un funcionario de elección popular en cuyo caso solo se le impondrá la multa relacionada.

Cuando la Sentencia pronunciada en el Juicio Civil de Enriquecimiento Ilícito fuere condenatoria, el funcionario culpable será condenado a restituir al Estado o al Municipio lo que hubiere adquirido indebidamente. Esta acción la ejercerá el Fiscal General de la República ante uno de los

Jueces de Hacienda. También quedará inhabilitado el culpable para ejercer cualquier cargo Público durante el plazo de diez años; sin embargo la Asamblea Legislativa podrá, después de cinco años de ejecutoriada la Sentencia, y a solicitud del interesado rehabilitarlo por causas muy calificadas.

c) Efectos del Fallo.

Vamos a estudiar estos efectos tomando en cuenta dos situaciones: Si la Sentencia es absolutoria si ésta es condenatoria.

Si la Sentencia es Absolutoria la Cámara de lo Civil respectiva ordenará que cese el secuestro preventivo de los bienes del funcionario demandado para lo cual librará Oficio al correspondiente Registro de la Propiedad, o devolverá la cantidad de dinero consignada al Tribunal, o cancelará la fianza que en uno u otro caso hubiere consignado o presentado el demandado para evitar el secuestro preventivo de sus bienes. Si el Juicio fué iniciado por denuncia presentada por particular condenará a éste y al Abogado director a indemnizar en daños y perjuicios al funcionario absuelto éste ejercitará su acción por el procedimiento ordinario establecido al efecto en el Art. 960 Pr. y siguientes. Asimismo el funcionario absuelto tendrá acción penal contra el particular por los delitos de difamación y de denuncia calumniosa. Cuando el Juicio se ha iniciado por orden de la Corte Suprema de Justicia, quedará obligado el Estado o el Municipio según el caso, a indemnizar al dañado moralmente en los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado por la persecución del Juicio. En todo caso

el demandado quedará libre de todo nuevo procedimiento por el mismo motivo.

Si la Sentencia pronunciada es condenatoria se le impondrán al funcionario las sanciones de restitución e inhabilitación que ya he relacionado en el literal anterior, pero también si a Juicio de la Cámara respectiva el funcionario hubiere cometido delito certificará los pasajes correspondientes y dará cuenta a los Tribunales comunes para que decidan sobre la responsabilidad criminal del imputado. Al respecto quiero manifestar que si el funcionario culpable es de aquellos a quienes la Ley les concede el privilegio del Antejudicio, en éste caso este privilegio ya no es procedente, por cuanto en virtud de la inhabilitación declarada el funcionario ya no desempeña el cargo. También quiero manifestar que el Art. 447 Pn. tipifica el delito de Enriquecimiento Ilícito. Si se trata de funcionarios que de acuerdo a la Ley están obligados a presentar su declaración de patrimonio el delito no puede ser perseguible de Oficio, sino hasta que la Cámara de lo Civil respectiva dé cuenta a los Tribunales Comunes de que a su juicio el funcionario ha cometido este delito. Pero si no se trata de funcionarios o empleados públicos obligados a presentar esta declaración, el delito será perseguido de Oficio, ya que la Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, solamente se aplica a los que aparezcan mencionados en su texto.

También el funcionario condenado será responsable de las costas procesales.

Si de acuerdo a la información seguida por la Corte el

Enriquecimiento es en el patrimonio del cónyuge o de los hijos del funcionario, se les emplazará a éstos para que intervengan en el juicio, pero de ninguna manera serán responsables penalmente.

La experiencia nos demuestra que en la práctica esta Ley no es aplicable, por lo menos en lo que se refiere al procedimiento y a las sanciones que de ella se derivan, por lo que de acuerdo al criterio del autor García Maynez, esta Ley podemos ubicarla dentro del Derecho Positivo Salvadoreño pero no dentro del Derecho vigente. Efectivamente desde que entró en vigencia esta Ley ha sido reformada una sola vez, el dos de octubre de 1959, año de su vigencia, y no se crea que por ello la enmarcó dentro del Derecho Positivo, sino porque la realidad es que dicha Ley no cumple con las finalidades que nuestro legislador constituyente tuvo al establecer constitucionalmente el Enriquecimiento Ilícito. La Ley es inoperante por su poco control preventivo y a consecuencia de ello nula en cuanto a sus sanciones. Los funcionarios de alta jerarquía dentro de la Administración Pública la evaden prevaleciéndose de su autoridad y de su cargo, así como se prevalecen de estas circunstancias para enriquecerse ilícitamente a costa del Estado, en perjuicio del pueblo y de la moral administrativa, necesaria en todo gobierno.

Al revisar el presupuesto de la nación, a la sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia encargada de la observancia de esta Ley no le aparecen objetivos señalados. Una reforma substancial, de fondo, de esta Ley sería de gran

beneficio para la Administración Pública y para el pueblo que es en definitiva el único perdedor, y daría gran prestigio social al Gobierno. Si la Ley cumpliera realmente con sus fines, de acuerdo a la Constitución, la Sección de Propiedad sería una de las Oficinas Públicas de mayor trabajo, y los Jueces Comunes castigarán muy frecuentemente a muchos funcionarios que se hacen acreedores a estas sanciones.

19.- CONCLUSIONES

En el transcurso de este trabajo hemos establecido que la actividad de los Organos del Estado se hace funcionar por la voluntad humana, que la tienen los titulares de estos Organos. En tal situación considero que es obligación del Estado al hacer el nombramiento de un funcionario o empleado público, cumplir y reglamentar ampliamente las condiciones de ingreso a la función pública, especialmente a los requisitos de Idoneidad y Moral de los designados. También es necesario el control, vigilancia y fiscalización del Estado en relación a la legalidad de la actividad de sus funcionarios, debiendo aplicarlos a éstos las distintas clases de sanciones a que los agentes por su actividad se hagan acreedores.

La responsabilidad política a que nos hemos referido en este trabajo, es conveniente en nuestro medio no solamente con el objeto de mantener el equilibrio político de los Altos Poderes del Estado, sino también con el objeto de establecer una garantía a favor de los administrados, de las actuaciones que ya en el ejercicio del cargo ejercen sus representantes.

En cuanto a la responsabilidad administrativa disciplinaria, considero que debe regularse ampliamente los derechos, deberes y prohibiciones de los funcionarios y empleados públicos. También creo necesario que se le permita a éstas personas, asociarse libremente con el objeto de velar por sus derechos que emanan de su propia condición de trabajadores del Estado. Naturalmente que para tal objeto no se les puede auto

rizar a la huelga ni el abandono colectivo de sus cargos por estar prohibido constitucionalmente, pero si se podría permitir que estas asociaciones intervinieran en representación de sus afiliados en los procesos de tipo disciplinario, para que el trabajador público tuviera mejores medios de defensa en casos de despido o destitución. En la actualidad los trabajadores del Estado tienen que recurrir a un Abogado que les patrocine su defensa, lo que les ocasiona un perjuicio económico y en la mayor parte de veces este recurso es extemporáneo, ya que de acuerdo a la Ley de Servicio Civil, únicamente se les concede tres días para oponerse a su despido o destitución y para proponer las pruebas de descargo que tuviere a su favor, sino lo hace dentro de este término queda despedido o destituido definitivamente. Pero al mismo tiempo que debe de protegerse la actividad del funcionario y sus derechos procesales, también considero que debe concederse derecho de acción a los particulares, para que puedan denunciar ante los Organismos competentes de Servicio Civil, a los funcionarios que por no cumplir con su deber, le ocasionen perjuicios de tipo administrativo.

En cuanto a la Responsabilidad Administrativa de tipo contable, considero necesario que se hagan reformas a la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas de la República para que queden sujetos dentro de su jurisdicción los funcionarios a que se refiere el Art. 211 Cn., ya que son éstos los que, por su autoridad y cargo que desempeñan, pueden con más facilidad, darle a los caudales y bienes del Estado una

aplicación distinta de aquella a que estén legalmente destinados. Por otra parte, considero que debe autorizarse a la Corte de Cuentas de la República, para que como Organismo Fiscalizador de la Hacienda Pública y del Presupuesto de la Nación, pueda ejecutar las Sentencias pronunciadas en el Juicio de Cuenta, ya que en este sentido la Fiscalía General de la República, no cumple a cabalidad su cometido, causándole daños a los intereses del Fisco.

En cuanto a la Responsabilidad Penal, considero que el antejuicio es una Institución Procesal que viola el principio de la igualdad jurídica, y que debería establecerse únicamente en relación a los delitos Oficiales, no así en relación con los delitos comunes. Esto no vulnera la unidad del Gobierno, ya que ante denuncias calumniosas el funcionario tendría derecho para procesar al denunciante.

En cuanto a la Responsabilidad Civil, considero necesario que se establezca en contra del Estado cuando la actividad desarrollada por el funcionario ha sido dentro del marco legal, pero aún así se ha dañado el patrimonio de los particulares. En este caso la responsabilidad civil no debe recaer en ningún momento en el funcionario. También considero necesario que el particular pueda ejercer su acción civil, derivada de un delito, en contra del funcionario cuando éste es de aquellos a quienes la Constitución concede el privilegio del antejuicio, independientemente del Juicio Penal.

En cuanto a la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos, considero debe ser reformada substancialmente, para que pueda cumplir con los fines

perseguidos por la Constitución Política, en beneficio de la Administración Pública y de la comunidad.

Para concluir, deseo hacer viva una reflexión producto de este trabajo: El Estado es una persona Jurídica y solo admite a las personas naturales como titulares de sus Organos. No pretendo ser Titular de estos Organos, no está en mi modo de ser, abrazaré mi profesión de Abogado como a una bella Diosa, con respeto y dignidad, pero sí quisiera tener la oportunidad, hablando en sentido figurado, que tuvo el absolutista que dijo "el Estado soy yo" para que, por lo menos, los funcionarios y empleados públicos tengan en el ejercicio de su cargo, plenos derechos y garantías, pero también tengan plena responsabilidad para con el Estado, los particulares y su conciencia, y para ello me fundamentaría en el que considero el único y suficiente argumento del Estado: EL DERECHO, fundado en principios de BIEN COMUN, JUSTICIA Y SEGURIDAD.