

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2004
PLAN DE ESTUDIO 1993



***CUMPLIMIENTO DE LOS PROPOSITOS DE LA
CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA
CORRUPCION Y SU ADECUACIÓN A LA LEGISLACION
PENAL SALVADOREÑA.***

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

*DEISY ELIZABETH ALBERTO HERNANDEZ
SARA MERCEDES OSORIO JUAREZ*

DIRECTOR DE SEMINARIO

LICENCIADO ARMANDO ANTONIO SERRANO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ**

**VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ**

**VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS**

**SECRETARIA GENERAL
LICDA. AIDA MARGARITA RIVAS DE RECINOS**

**FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DECANA
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHES DE ALDANA**

**VICE-DECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS**

**SECRETARIO
LIC. FANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ**

**COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION
LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA**

**DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. ARMANDO ANTONIO SERRANO**

INDICE

Introducción	i
--------------	---

CAPITULO I

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CORRUPCIÓN.

1. 1	Las Formas de Sanción contra la Corrupción en la Edad Antigua	1
1.1.1	La Costumbre como forma de Sanción	3
1.1.2	La Biblia como Documento Histórico	4
1.1.3	Código de Hammurabi, Sanciones contra la corrupción	5
1.1.4	Las Sanciones a la Corrupción en la Grecia Antigua	7
1.1.5	Sanciones a la Corrupción en el Derecho Romano	9
1.2	Corrupción durante la Edad Media	11
1.3	Sistema Punitivo durante la Edad Moderna	13
1.4	Evolución del Derecho Penal Salvadoreño en los Delitos Relativos a la Corrupción	15
1.5	El Problema de la Corrupción en la Actualidad	19
1.6	Casos de Corrupción en El Salvador	23
1.7	Instrumentos Internacionales Anticorrupción	26
1.7.1	Convención Interamericana contra la Corrupción	33
1.7.2	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	36

CAPITULO II

ASPECTOS DOCTRINARIOS ACERCA DE LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

2.1	La Función Pública	40
-----	--------------------	----

2.1.1	Naturaleza Jurídica de la Función Pública	42
2.1.2	El Acto de la Corrupción en la Función Pública	43
2.2	Delito de Corrupción	44
2.2.1	Bien Jurídicamente Protegido	45
2.2.2	Sujeto Activo en el Delito de Corrupción	46
2.3	Definición de Funcionario Público	46
2.3.1	Probidad del Funcionario Público	47
2.3.2	Marco Constitucional del Principio de Probidad	49
2.3.3	Conductas que afectan la Probidad del Funcionario Público	50
2.3.4	Acto de Corrupción del Funcionario Público	51
2.3.5	Diferencias entre Funcionario Publico y Empleado Público	53
2.4	La Administración Pública	55
2.4.1	La Corruptibilidad Pública	59
2.5	Clases de Corrupción	60
2.5.1	Corrupción Administrativa	60
2.5.2	Corrupción Política	62
2.6	Situaciones que favorecen al Desarrollo de la Corrupción	63

CAPITULO III

LEGISLACIÓN PRIMARIA, SECUNDARIA Y TRATADOS VIGENTES EN EL SALVADOR RELATIVOS A LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

3.1	Derecho Constitucional	69
3.2	Delitos contra la Administración Pública, relativos a la Corrupción de los Funcionarios Públicos en el Código Penal Salvadoreño y los Actos Corruptos descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción	70
3.2.1	Código Penal	71

3.2.2	Convención Interamericana contra la Corrupción	91
3.3	Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos	95

CAPITULO IV

OBSTÁCULOS CON LOS QUE CUENTA LA JUSTICIA PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

4.1	Falta de Voluntad Política	102
4.2	Inmunidades	103
4.2.1	Fuero Especial del que gozan los Funcionarios Públicos	105
4.2.2	El Antejucio	106
4.2.3	Procedimientos Especiales	109
4.2.4	Procedimiento de Antejucio ante la Asamblea Legislativa	109
4.2.5	Procedimiento de Antejucio ante la Corte Suprema de Justicia	113
4.2.6	Efectos de la Declaratoria de Formación de Causa	115
4.3	Rol de los Entes Controladores	116
4.4	El Desempeño de los Medios de Comunicación	119
4.5	Falta de Acceso a la Información Pública	120
4.6	Ausencia del Código de Ética	123

CAPITULO V

IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN ESTABLECIDAS POR LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

5.1	Aplicación de Medidas Anticorrupción en El Salvador	127
5.1.1	Medidas Referidas a los Funcionarios Públicos	128
5.1.2	Medidas Referidas a las Instituciones Públicas	137

5.1.3	Medidas Referidas al Sector Privado	141
5.1.4	Medidas Referidas a los Ciudadanos	144

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1	Conclusiones	148
6.2	Recomendaciones	151

BIBLIOGRAFÍA	154
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizamos el análisis de un fenómeno que ha adquirido gran relevancia en la actualidad, sobre todo por que es uno de los principales problemas que enfrentan los gobiernos y que forma parte de la estructura de los mismos, generando costos económicos, políticos y sociales. Este es el resultado de la sociedad materialista en la que vivimos, dicho fenómeno a tratar no es otro que la corrupción y de cómo la legislación en el código penal aborda lo relativo a los delitos contra la Administración Pública, tales como: Peculado, Concusión, Negociaciones ilícitas, exacción, enriquecimiento ilícito, infidelidad en la custodia de registros y documentos, y cohecho.

Así, también hacemos énfasis en el tema de la corrupción desde el plano administrativo y el cuestionamiento sobre la credibilidad en los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, a causa de algunos de los casos en los que se han visto envueltos estos “servidores públicos”; con el fin de resaltar el estado de corrupción en el que nos encontramos y la necesaria educación sobre la prevención corruptiva, impulsada por los gobiernos y ciudadanos, a través de la gestión de iniciativas que sancionen este tipo de conductas, y atendiendo a la normativa internacional ratificada por nuestro país, como es la “Convención Interamericana contra la Corrupción” que es nuestro objeto de estudio.

Ahora bien, con el propósito de realizar un abordar sistemáticamente este problema, lo desarrollamos cronológicamente, situando sus inicios a partir de la Edad Antigua hasta llegar a la actualidad. Para ello, hacemos mención de la implementación de la costumbre no como una fuente de derecho, puesto que no opera penalmente, sino como medio de dirimir los conflictos entre los grupos

sociales y las distintas formas de sancionar que se impusieron a través de la misma; además de su evolución con la posterior incorporación de las primeras leyes de carácter divino y jurídico. No podemos referirnos a la corrupción en la función pública omitiendo los aspectos doctrinarios de la Administración Pública; es por ello, que el segundo capítulo de este trabajo se encuentra dedicado a establecer dichos aspectos y el deber ser de los funcionarios para que estos sean aplicables en el ejercicio de esta función.

En el tercer capítulo nos introducimos al plano normativo, analizando la ley primaria y secundaria, y la adecuación a la Convención Interamericana contra la Corrupción; aquí comienza un análisis detallado de estas normas, determinando el bien jurídico protegido y la acción típica a través del Código Penal. La implementación de esta ley surge de la necesidad de impedir la trasgresión de ciertos bienes jurídicos que se pretende proteger con normas; no obstante esta Convención fue adoptada por nuestro país para luchar contra la corrupción, pero la aplicación de la misma cuenta con varios obstáculos.

Posteriormente verificamos la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en cuanto a la aplicación de las medidas sugeridas por dicho tratado para el cumplimiento de los propósitos que establece y de como han sido llevados a cabo por nuestro país. Todo esto gracias al aporte de conocimientos de estudiosos en la materia y diversos autores que han sido citados a lo largo de nuestro trabajo, con el que pretendemos dar a conocer este instrumento legal de carácter internacional desde una óptica académica, ya que la educación resulta esencial en la prevención de la corrupción.

CAPITULO I

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA CORRUPCION.

1.1 Las Formas de Sanción Contra la Corrupción en la Edad Antigua.

Para lograr una mayor comprensión acerca del termino corrupción, abordaremos algunos conceptos que han influido en su desarrollo; para lo cual daremos inicio determinando su raíz etimológica que proviene del latín *rumpere* y significa “romper, dividir, quebrar, quebrantar, violar, anular”¹, del cual proviene *corrumpere*, cuyo significado es “alteración, desunión, descomposición, depravación”²; y que fue conocido por los romanos con la expresión Crimen Repetundarum, por los ingleses Bribery, los españoles Cohecho, los portugueses peita, suborno, y los italianos baratería.

La corrupción trae aparejada la acción de abuso, que se puede manifestar en diversas áreas; es así como nacen diferentes concepciones acerca de este problema que para algunos es de carácter moral, estructural o económico, y sobre estas vierten las siguientes opiniones:

Los moralistas realizan un llamado a la conciencia de los servidores públicos, para que estos no se inclinen hacia la utilización de medios en provecho propio el poder o las cosas que le fueron confiadas para darles un destino diferente.

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. IV, Buenos Aires, Bibliografica Argentina, 1956, p. 937.

² Real Academia Española: “Diccionario de la Lengua Española”, 16a Ed., Madrid, Talleres Espasa-Calpe, 1936, p. 359.

En este rubro la solución al problema puede ubicarse en criterios de selección y control de los funcionarios públicos.

Otros revelan que la causa se encuentra en la estructura, por los amplios poderes de decisión delegados en los funcionarios que les permiten actuar bajo su discreción y sin ningún ente controlador. Esta postura propone la apertura de los medios de comunicación que generan un espacio público con transparencia en las actuaciones de los servidores públicos.

Hay quienes consideran que el problema reside en el plano económico, como una economía regulada que llega a concentrarse en determinados grupos que impiden el libre juego de las fuerzas económicas e introducen como actor al funcionario público, quien no tiene finalidades propias, sino que las adquiere a través de la aplicación de políticas corruptas. Para estos, la mejor política anticorrupción consiste en la desregulación de la economía.

Una de las definiciones más utilizadas del término corrupción, fue la creada por el Profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nye como la “conducta que se desvía de las obligaciones de orden social; que violan normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales”³. Pero esta no fue la única, ya que le precede la denominada bajo el título de *White collar crimen*, ignorada por Edwin Sutherland en el año de 1939; con este término definió a los delitos cometidos por personas de respetabilidad y estatus social elevado en el curso de su ocupación.⁴ Sin embargo, este concepto se encuentra en

³ Vid., Nye (1967), Corruption and political Development: Acost-Benefit Análisis, en A.J. Heidenheimer, M. Johnston, and V.T. Levine, eds. Political Corruption: A Handbook (New Brunswick: Transaction 1989), pp. 963-983.

⁴ARROYO ZAPATERO, Luis y MARTIN LOPEZ, Maria Teresa (fecha desconocida). “Derecho penal económico”, (<http://www.uclm.es>), consulta 28-01-2006.

desuso debido al desarrollo de las sociedades, lo que ha causado múltiples fenómenos sociales, políticos, económicos y jurídicos; todo ello provoca mayores oportunidades en el mundo económico y de los negocios y, por tanto, una elevación de oportunidades para cometer ilegalidades; que desde el ámbito criminológico se traduce en un aumento del número de delitos patrimoniales tradicionales y, especialmente, en el nacimiento de nuevas formas de delincuencia con contenido económico, a las que se les denomina “*delito económico*”.

Habiendo determinado el significado de la terminología sobre corrupción, y algunos de los enfoques que sobre esta materia han versado abordaremos el desarrollo de este fenómeno, desde sus inicios partiendo de la Edad Antigua a continuación.

1.1.1 La Costumbre como Forma de Sanción.

El origen de la corrupción puede ubicarse en los inicios de la existencia del hombre y su interacción dentro del grupo social con organización jerárquica, que de alguna forma le permitía la realización de actos contrarios al orden moral y público, muchas veces fomentada por una figura de autoridad; es por ello nuestro interés en llevar a cabo el presente estudio, tomando como punto de partida el periodo histórico de la Edad Antigua, hasta la actualidad.

Lo anterior no difiere con nuestro entorno actual, ya que no es oculto que la obtención del poder dentro de una estructura social da pie al cometimiento deliberado de actos de corrupción.

En la Edad Antigua, fue el uso de la costumbre el que se implanto en la comunidad y se considero obligatorio; con esta aplicación se impusieron

sanciones y castigos en contra de una serie de actos que eran repudiados por el grupo social, dentro de los cuales podemos mencionar: la horca, la hoguera, el ostracismo, la pira, la lapidación y la mutilación,⁵ con estos se pretendía eliminar la contaminación del pueblo y sentar un precedente entre los habitantes del grupo.

Además se aplicó la ley del más fuerte y la venganza privada como la primera forma a la que acudió el hombre para dirimir sus conflictos.

1.1. 2. La Biblia como Documento Histórico

La Biblia es un documento histórico que data de miles de años y ha sido concebida como la Palabra de Dios revelada al hombre⁶; en ella encontramos numerosos acontecimientos históricos que van desde el Antiguo Testamento hasta el Nuevo Testamento.

En el Nuevo Testamento encontramos el relato de Génesis capítulo 3, en el que no aparece ninguno de los vocablos clásicos para señalar el pecado, aunque nos muestra gráficamente las características primordiales de este⁷ como un acto de desobediencia motivado por la necesidad del ser humano de establecer sus propias normas. Rompiendo la comunión que existía entre Dios y el hombre, y de este en su comunidad; ya que el pecado de Adán implicaba un significado único para toda la especie humana,⁸ pues de alguna manera él

⁵ idem.

⁶ WILTON M., Nelson: "Nuevo Diccionario Ilustrado de la Biblia", Costa Rica, Editorial Caribe, 1974, s/n.

⁷ idem.

⁸ Vid., SANTA BIBLIA: "Romanos 5:12", Editorial Holman Bible Publishers Revision de 1960, Nashville, Tennessee, p. 831.

representaba a sus descendientes en relación con Dios, y su pecado se le imputó a ellos.

En el caso de Israel, el castigo estaba determinado por su visión teológica. Dios entregó la Ley directamente a Moisés, que consistía en los mandamientos y principios que procuraban dirigir a la comunidad para suplir las necesidades de cada individuo de una manera responsable. Un hecho sancionado bíblicamente es el narrado en el libro de Josué: cuando Acan, oficial del ejército liderado por Josué, cometió prevaricación en cuanto al rey de Jericó; tomando para sí un manto babilónico, doscientos ciclos de plata y un lingote de oro y los escondió en su tienda; entonces Josué y todo Israel con él, tomaron a Acan, sus hijos, todo cuanto tenía, y lo que había tomado para sí y lo llevaron a un valle, donde todos los israelitas los apedrearon, y los quemaron después de apedrearlos, levantaron sobre ellos un montón de piedras.⁹ Los castigos impuestos por la ley del antiguo testamento establecían una especie de equilibrio social como el ejemplo citado, en el que prescribía una compensación pero esta alcanzaba una proporción mayor al daño ocasionado por el delito.

1.1.3 Código de Hammurabi, sanciones contra la corrupción.

Hasta el siglo XX se consideró el Código de Manu, como la compilación de leyes más antiguas de que se tuviera noticia, pero con el descubrimiento del Código Babilónico de Hammurabi se comprobó que a finales del siglo XVIII a.c. por primera vez se creó una codificación de leyes que contenían 280 Artículos, decretados por Hammurabi rey de Babilonia (aproximadamente de 1792 hasta 1750 a.c.). La obra tiene carácter penal, pues son pocas las disposiciones en materia civil. La sanción más común aun para delitos no muy graves era la pena

⁹ SANTA BIBLIA: “Josué 7”, *Ibid.*, pp. 219-220

de muerte. El Código pretendía impedir que cada uno “tomara la justicia por su mano”, considerando que sin ley escrita que los jueces hubieran aplicado obligatoriamente, era fácil que cada uno actuase como mas le conviniera.¹⁰

Es así como en este cuerpo legal se comenzó a regular las conductas deshonestas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; ahora conocidos como delitos oficiales y tipificados como: peculado, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, negociaciones ilícitas, malversaciones, exacción e infidelidad en la custodia de documentos. Cabe señalar que estas conductas también han sido objeto de preocupación a nivel internacional; lo que ha llevado a la implementación de un instrumento con carácter internacional denominado Convención Interamericana contra la Corrupción, que al igual que el Código de Hammurabi, representa un reconocimiento a la existencia de corrupción en la función pública. A lo largo de los veintiocho párrafos que componen dicho Código encontramos una serie de normas referidas a los actos ímprobos de los funcionarios y su respectiva sanción; como los siguientes:

“Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso”¹¹. Este hecho se castiga con la deshabilitación en el cargo del juez que no administrara correctamente la justicia, además de la sanción pecuniaria que se imponía.

¹⁰ Vid., BRENES CORDOVA, Alberto: “Historia del Derecho”, 2ª Ed., Costa Rica, Tipografía Gutenberg, 1929, pp. 57-59.

¹¹ idem.

“Si un oficial o un especialista (militar) que había recibido la orden de partir para una misión del rey, no fuese (a la misma) o bien (si) alquilase un mercenario y le enviase en su lugar, ese oficial o ese especialista (militar) recibirá la muerte; el denunciante (del hecho) tomará su hacienda”.¹² Esta ley promovía la denuncia de la deslealtad del militar al rey, ofreciendo como recompensa al denunciante la hacienda del militar, quien no solo era despojado de sus bienes sino también era castigado con la muerte.

“Si un gobernador o un prefecto han reclutado por la fuerza un soldado o si han aceptado un mercenario como sustituto de un soldado, este gobernador y este prefecto recibirían la muerte”.¹³

“Si un gobernador o un prefecto se han apoderado de los bienes de un oficial, han causado daño a un oficial, han dado en locación, han regalado un oficial en un proceso, a uno mas poderoso, han quitado a un oficial el regalo que el rey le había dado, este gobernador y este prefecto recibirán la muerte”.¹⁴

La codificación de estas conductas es muestra de la necesidad por reprimir una serie de actos señalados como corruptos y que hasta hoy día no han podido ser erradicados.

1.1.4 Las Sanciones a la Corrupción en la Grecia Antigua.

La obtención del poder político siempre ha sido objeto de actos corruptos por la visión enriquecedora y clientelista que se tiene del mismo. El enriquecimiento

¹² idem.

¹³ idem.

¹⁴ idem.

de los funcionarios a través del erario publico tipificado ahora penalmente como enriquecimiento ilícito, que hoy por hoy se ha vuelto un habito entre los poderosos, también formo parte de la cultura griega la que posee historia de una función publica irregular.

Algunos casos que se dieron fueron cometidos por políticos atenienses como **Pericles (495-429 a.c.)** que toda su vida se “caracterizo por haber estado patente su dignidad, reserva y honradez, utilizo los fondos públicos para pagar a los asistentes a las asambleas publicas y a los juegos”;¹⁵ **Demóstenes (385-322 a.C.)**, quien también era un político ateniense, que se le acuso de malversación de caudales públicos, y se le declaro culpable de aceptar sobornos.

Las sanciones a los funcionarios públicos, también se hicieron presentes en la Antigua Grecia donde se les sancionaba con el *ostracismo* que era un procedimiento político que permitía desterrar temporalmente a un ciudadano considerado peligroso para el bienestar público.

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

Para la aplicación de esta ley, cada año se reunía en Atenas la Asamblea; votaban a mano alzada y si el resultado era positivo volvían a tener una votación pública dos meses mas tarde. En esta votación cada votante escribía

¹⁵ “La Historia y sus Protagonistas”, Ediciones Dolmen, 2001 (<http://www.idg.es>), consultada 4-05-2005.

el nombre de la persona a quien quería desterrar, si el nombre de la persona alcanzaba una determinada cifra de votantes, tenía que marcharse de Atenas antes de diez días y permanecer en el destierro durante diez años. También para el castigo de cierto tipo de delitos, tales como el sacrilegio, la conspiración contra el Estado y la desertión, se empleaba la pena de muerte por la espada, la horca o el veneno.¹⁶

1.1.5 Sanciones a la corrupción en el Derecho Romano.

El origen histórico anticorrupción parece encontrarse en Roma, donde se comenzó a castigar a los funcionarios públicos que traicionaban el decoro y el prestigio de la administración pública. Como consecuencia en Roma fueron castigados los delitos de: malversación, peculado, concusión, exacción y cohecho. Para lo cual fue creado un conjunto de leyes con el fin de prevenir y sancionar estos actos. Mismos propósitos que son postulados por la Convención Interamericana contra la Corrupción, con alcances más ambiciosos que no solo pretenden, prevenir y sancionar la corrupción; sino también erradicar la corrupción, a través de la cooperación entre los Estados partes.

El delito de malversación de caudales públicos el cual se designó con el nombre de *peculatus*, que consistía en el hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado; originalmente era el delito de quien se apoderaba del ganado público, que antiguamente servía al Estado y a los particulares como medio de cambio; este aparecía como un hurto agravado por la calidad de cosas sobre las que recaía.¹⁷ La ley Julia fue decretada a partir del crimen de *peculatus*, con el que se castigaba la apropiación del dinero destinado al uso público (erario público

¹⁶ BRENES CORDOVA, Alberto: "Historia.....", Op. Cit., p. 74.

¹⁷ Vid., FONTAN BALESTRA, Carlos: "Derecho Penal" (Parte Especial), 10ª Ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1985, p. 871.

que pertenecía al pueblo romano) por parte de magistrados, funcionarios o particulares; y disponía en su texto “nadie quite, intercepte, ni invierta en cosas tuyas, parte del dinero sagrado, religioso o publico, ni haga que de modo alguno lo quite, lo intercepte o lo aplique a cosa suya, a no ser que a el le fuera ciertamente licito por la ley”¹⁸.

El delito de concusión igualmente fue objeto de castigo en Roma, bajo el nombre de “Crimen Repetundarum”, que fue considerado como un crimen capital por la Ley de las Doce Tablas¹⁹ ya que su comisión nacía de una acción penal por medio de cuyo ejercicio la provincia o el particular agravado buscaba la repetición, la restitución de las sumas tomadas indebidamente por el autor material del hecho punible. La pena pues, era simplemente la restitución, de acuerdo con la Ley Calpurnia Repetundarum.

Posteriormente bajo el poder de Julio Cesar, se publico la Ley Julia Repetundarum, en la cual se agrego a la restitución la pena del exilio; además, en el Derecho Romano, se conoció la Acción de Perdulio, frente a la violación del deber del magistrado, la cual origino la Ley Cornelia, por medio de la cual se castigaba al pretor que se apartaba de la correcta aplicación de las leyes.²⁰

La Novísima Recopilación en su ley 13 regulaba el delito de Cohecho, expresaba que “los alguaciles, escribanos y porteros no pueden tomar dinero, alahas, otras dadivas de los litigantes, de sus procuradores, escribanos y

¹⁸ Vid., GONZALEZ CUSSAC, Jorge Luis: “Los Delitos de los Funcionarios Públicos en el Código Penal”, Madrid, Imprime Mateu Cromo, 1996, pp. 260-261.

¹⁹ Vid., CUELLO CALON, Eugenio: “El Nuevo Código Penal Español”(Libro II), Barcelona, Editorial Bosh, 1930, pp. 385- 386.

²⁰ Vid., CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: “Delitos de los Funcionarios Públicos”, Madrid, Editorial Solena e hijos, 1994, p. 77.

agentes, alguno de los reos; ni pactar con las partes agasajos, o albricias algunas”²¹.

1.2 Corrupción Durante la Edad Media.

La Edad Media es un periodo histórico que inicia en el siglo V, y finaliza en el siglo XV.²² Aunque estas fechas no pueden ser tomadas como fijas, debido a que nunca ha existido una ruptura en el desarrollo cultural del continente; a diferencia de la Edad Antigua, el poder político, era adquirido a través de la Iglesia o el Estado, por lo que “el dualismo se convirtió en el sistema imperante”²³, ocasionando una confusión entre lo ilícito, lo inmoral y el pecado; por lo que durante esta etapa alcanzó esplendor el Derecho Canónico, que se inclinaba a ver en el delito y en el pecado la esclavitud y la pena de liberación.²⁴

Los actos en contra del orden social y moral llevaron a la implementación de un sistema de prevención general mediante la pena, se castigaba de una forma ejemplar con el fin de disuadir a los individuos propensos al delito; no obstante este sistema de penas, las prácticas de corrupción también fueron presentes, siendo las monarquías y la iglesia sus principales representantes, como sucedió en los casos que a continuación mencionamos:

Alfonso VI (1040-1109), que fue rey de las provincias de León y de Castilla, en los primeros años de su reinado se caracterizó por las luchas en contra de su

²¹ Ibid., p. 132.

²² Vid., FONTAN BALESTRA, Carlos: “Tratado de Derecho Penal” (Parte General), Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1980, p. 104.

²³ Vid., ARRIETA GALLEGOS, Manuel: “Programa y Estudios Complementarios de la Constitución Política”, San Salvador, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1972, Pág. 15.

²⁴ Vid., ZAFFARONI, Raúl Eugenio: “Manual de Derecho Penal” (Parte General), México, Editor Cárdenas, 1988, pp. 158-159.

hermano Sancho II de Castilla (1065-1072), ocasionándole la muerte, lo cual le permitió recuperar su trono y reclamar para sí el de Castilla. Posteriormente se dedicó a engrandecer sus territorios, fundamentalmente a costa de los musulmanes, combinando la presión militar y la extorsión económica.

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

Tomás Moro y el cardenal inglés Juan Fisher fueron ejecutados por negarse a aceptar la supremacía religiosa del monarca inglés. Enrique disolvió todas las comunidades monásticas y practico en gran manera el “clientelismo” entregando casi todas sus propiedades a los nobles a cambio de su apoyo.²⁵

Paralelamente a la monarquía, la iglesia no se vio libre de corrupción, cuando por medio de los papas, el pontificado había sido inspirado por el Espíritu Santo desde la época de Pedro.²⁶ Algunos de estos representantes eclesiásticos se vieron involucrados en graves casos de corrupción:

Papa Bonifacio VII (984-985) Este papa mantuvo su posición en el pontificado a través de cuantiosas distribuciones de dinero robado.²⁷

Papa Juan XV (985-996) dividió las finanzas de la Iglesia entre sus familiares lo que le trajo la reputación de ser codicioso, de torpes ganancias y corrompido en todas sus acciones.²⁸

²⁵ “La Historia y sus Protagonistas”, Op. Cit., (<http://www.idg.es>), consulta 4-05-2005.

²⁶ “Algunos Papas de la Edad Media”, fecha de documento 28-09-2003, (<http://www.cristianismo-primitivo.org/>), consulta 9-05-2005.

²⁷ idem.

Papa Juan XXII (1410- 1415), Fue llamado públicamente el Diablo encarnado; para aumentar su fortuna, el papa Juan puso impuestos a todo, incluyendo la prostitución, el juego y La usura. Se le ha llamado con frecuencia “el más depravado criminal que se haya sentado en el trono papal”.²⁹

Pero no es nuestro propósito enumerar un sin fin de casos como ejemplos de corrupción, puesto que son demasiados, y estos son solo algunas manifestaciones de la corrupción que gobernaba en la época. En la lucha contra este problema poco o nada se podía hacer debido a la estratificación social que existía, muchas veces los reyes fueron respaldados por los papas para cometer fechorías y viceversa. Lo que realmente importaba era ostentar un trono ya sea real o papal, a costa de la muerte, muchas veces de la propia familia; esto sin mencionar las grotescas torturas a las que eran sometidos a causa de venganzas de hechos políticos y religiosos, inclusive en la religión cristiana, como fue efectuada la terrible y mal llamada santa inquisición instruida en el siglo XIII y que perduro hasta fines del siglo XV.

1.3 Sistema Punitivo Durante la Edad Moderna.

El periodo conocido como Época Moderna, significo para Europa importantes cambios en su ordenamiento político; el fenómeno mas destacado fue el surgimiento del Estado moderno, el cual se caracterizo por el absolutismo de los reyes quienes iniciaron este proceso a lo largo de los siglos XI y XIV; interesados en concentrar el poder en su persona, ejercieron la soberanía o poder supremo del Estado, pero dentro del dualismo, o sea, reconociendo el poder espiritual de la iglesia en manos del pontificado. Además ejercieron la

²⁸ idem.

²⁹ idem.

doctrina del derecho divino sobrenatural como sistema que explica el poder o soberanía del Estado en manos del Rey y como medida para absorber el poder de la iglesia.³⁰

Uno de los más claros ejemplos del absolutismo fue el sucedido en Francia. Durante el siglo XVII, el Rey Luís XIV (1643-1715) fue la mejor personificación de la imagen del monarca absoluto, a el se le atribuye la frase “el Estado soy yo” en la que resume el régimen político en una persona, el soberano, ejerce el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos ni de ninguna otra naturaleza y que opera de una forma gradual y con distintas variantes de un Estado a otro.

En Alemania, entre las primeras leyes mas importantes que surgieron, del siglo XIII, y que constituyo la base de la legislación penal germana fue la “Constitutio Criminalis Bambergensis” y el “Código de Carlos V”; la Constitutio Criminalis Carolina u ordenanza de justicia penal, llamada “la Carolina” que se componía de doscientos diecinueve artículos, en los que la actividad punitiva se pone efectivamente en manos del Estado,³¹ si bien la Carolina no podía ser impuesta por el emperador a los señores en sus Estados por su contenido procesal, legislaba el derecho penal de fondo a partir del Artículo 140 y regulaba delitos tales como: la blasfemia, el perjurio, la hechicería, la difamación, falsificaciones, falsedades, estafa, prevaricato, robo, etc.

En cuanto a las penas, estas se imponían en relación con la costumbre y el espíritu de los tiempos, así por ejemplo el fuego, el descuartizamiento, la horca, el enterramiento del cuerpo vivo, el destierro, que eran los medios por los

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl citado por Gladis Citro: “Evolución Histórica del Derecho Penal” (<http://www.monografias.com>), consulta 9-05-2005.

³¹ FONTAN BALESTRA, Carlos: “Derecho Penal”, Op. Cit., p. 50.

cuales en el siglo XVI se quería demostrar el amor a la justicia, inspirado en el miedo.³²

Históricamente se puede identificar que el medio utilizado constantemente para la sanción o castigo de cualquier tipo de delito ha sido la tortura, que etimológicamente tiene su origen en el idioma griego y gramaticalmente significa el sufrimiento físico infligido a una persona para hacerle confesar, lo que recusa revelar el tormento ocasionado a una persona como castigo para hacerle pagar por el daño causado; esto cuando la infracción no era sancionada con la pena de la muerte, a través de la justicia o venganza privada.

1.4 Evolución del Derecho Penal Salvadoreño en los Delitos Relativos a La Corrupción.

En El Salvador las primeras normas que regularon la vida de los ciudadanos, después de la independencia, fueron las leyes y decretos dictados por el Poder Ejecutivo, que fueron compilados hasta el año de 1854; posteriormente a dicha normativa el inicio del ordenamiento jurídico salvadoreño en la rama del derecho penal se dio en el año de 1859, cuando el Supremo Poder Ejecutivo declaró Ley de la Republica el Código Penal, el cual se componía de quinientos cuarenta y cinco artículos. Fue en dicho instrumento legal en su Libro II, Titulo VII, que se empezó a regular los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

Este Código, hacia referencia a una serie de delitos relativos a la corrupción de los funcionarios públicos, entre los cuales podemos mencionar:

³² ZAFFARONI, Rafael Eugenio: "Manual", Op. Cit., p. 160.

- 1) Infidelidad en la Custodia de Documentos regulada en el Capitulo III, Art. 274Pn. y siguientes, que establecía como delito las siguientes conductas:
 - a. Sustracción, destrucción y ocultación de documentos confiados al funcionario publico por razón de su cargo.
 - b. El quebrantamiento por parte del funcionario publico de papeles sellados por la autoridad, que estuvieren bajo su custodia.
 - c. El consentimiento del funcionario publico para abrir, sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada.
- 2) El Cohecho, Capitulo XII, Art. 309Pn. y siguientes, para la configuración de este delito el legislador considero las siguientes circunstancias:
 - a. La aceptación de ddivas o promesas por parte del funcionario publico para realizar la comisión de alguno de los delitos establecidos en el Titulo XII del Código Penal, que son los siguientes: Prevaricación; Infidelidad en la custodia de presos; Resistencia y desobediencia; etc.
 - b. Además regulaba el delito de soborno como una forma de cometer cohecho.
- 3) Malversación de Caudales Públicos, Capitulo XIII, Art. 312Pn. y siguientes, que hace referencia a las siguientes conductas:
 - a. La sustracción y consentimiento para sustraer fondos públicos.

- b. El abandono o negligencia del funcionario público que permitiere la sustracción de caudales públicos por parte de un tercero.
- 4) Fraudes y Exacciones Ilegales, Capítulo XIV, Art. 317Pn. y siguientes, regulaba las siguientes conductas:
- a. La concertación del funcionario publico con un particular en la comisión de suministros, contratación o liquidaciones públicas para defraudar al Estado.
 - b. La imposición de una contribución o arbitrio del funcionario publico sin autorización competente.
 - c. La exigencia directa o indirecta de mayores derechos de los que le estuvieren señalados en razón de su cargo.

Posteriormente el Código Penal de 1890, hizo referencia a este tipo de delitos, de la siguiente manera:

1) Infidelidad en la Custodia de Documentos, regulado en el Capítulo III Art. 299 Pn. y siguientes, que contemplaba en este delito las mismas conductas que en el Código de 1859.

2) El Cohecho, Capítulo X, Art. 355 Pn. y siguientes, regulaba las siguientes conductas:

- a. La aceptación del funcionario publico de dadas u ofrecimientos para ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya o no un delito.

- b. La abstención de un acto que debiera practicar el funcionario publico en el ejercicio de su cargo, a cambio de dadivas.
- c. La aceptación de regalos por personas que tengan asuntos pendientes ante el funcionario publico.

3) Malversación de Caudales Públicos, Capitulo XI, Art. 343Pn. y siguientes, que establece las siguientes conductas:

- a. La sustracción o consentimiento para sustraer caudales públicos con el ánimo de apropiárselos.
- b. El abandono o negligencia del funcionario público que permitiere la sustracción de caudales públicos por parte de un tercero.
- c. El daño o entorpecimiento del servicio publico en la aplicación errónea de los caudales públicos.
- d. La omisión de pagos del funcionario publico como tenedor de fondos del Estado.

5) Fraudes y Exacciones Ilegales, Capitulo XII, Art. 349Pn. y siguientes, en este se observa una variación en cuanto al Código Penal de 1859, en el sentido que agrega una conducta mas al tipo penal que se refiere a la expropiación de bienes a cualquier persona para un servicio u obra publica, sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

En el año de 1904, se implementaron reformas al Código Penal de 1890, que no causaron modificación alguna a los delitos relativos a los funcionarios

públicos; sino hasta la reforma implementada al Código Penal en el año de 1973 en el que por primera vez se estableció en su Título III, Capítulo I, Sección Segunda “De los Delitos Relativos a la Corrupción de los Funcionarios Públicos”: peculado y peculado por culpa que regulaba una extinción y una disminución en casos de peculado en su Art. 490Pn., para la extinción de la pena privativa y multa se necesitaba la devolución de todo lo sustraído por parte del responsable en la etapa de instrucción, y la disminución de la pena cuando se reintegrara mas de la mitad de lo sustraído en la misma etapa del juicio. También los delitos de Concusión, Negociaciones Ilícitas, Exacción, Cohecho Pasivo, Cohecho Pasivo Impropio, Malversación, Enriquecimiento Ilícito, Infidelidad en la Custodia de Documentos Públicos y Abusos contra la Honestidad.

Posteriormente el 20 de abril de 1998, entro en rigor un nuevo Código Penal, que reformo la normativa penal; no obstante las reformas contenidas en dicho código no aportaron cambios significativos en la tipificación de los delitos relativos a la corrupción de los funcionarios públicos; simplemente hubo una variación en el delito de Cohecho, dividiéndose en dos figuras denominadas Cohecho Propio regulado en el Art. 330 Pn. y Cohecho Impropio, Art. 331 Pn.

1.5 El problema de la corrupción en la Actualidad.

Podríamos iniciar el presente apartado argumentando numerosos conceptos de corrupción, igualmente podríamos hacer mención de escandalosos casos de corrupción, que se han venido dando en nuestra historia reciente, cometidos por los mas altos representantes dentro de la escala jerárquica del poder económico y político, pero las paginas se agotarían y la paciencia del lector también; así que haremos mención solamente de algunos nuevos

acontecimientos, no con el fin de redactar un boletín informativo, sino mas bien con el fin de demostrar que dichos actos ilícitos cometidos en el ejercicio del poder son un problema tan real en la actualidad que su existencia es efectivamente devastadora en la economía del Estado y del pueblo; con un tratamiento punitivo tan sutil e ineficaz, que pocas veces se ha llegado a condenar a un funcionario corrupto. Tal asunto nos lleva a pensar que los cuerpos legales regulan y sancionan este tipo de delitos, ahora conocidos como delitos económicos presentan demasiados vacíos para lograr su cometido; ya que a pesar del compromiso adquirido por El Salvador al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción, esta ha sido convertida en una mera formalidad, a causa de la actitud permisiva de los gobiernos en la gestión pública, y la falta de voluntad política que no ha permitido el desarrollo y cumplimiento de los postulados y propósitos contenidos en la misma (Vid. infra., Cap. III).

Pero no solo en El Salvador fue adquirido el compromiso, sino también en otros países del Continente Americano; lo peculiar es que después de la firma del convenio se han cometido los casos de corrupción mas sonados en Latinoamérica y El Salvador, como los mencionados a continuación:

Caso Fujimori

El caso del ex mandatario peruano Alberto Fujimori, quien el 13 de febrero de 2001, fue acusado formalmente por la Fiscalía de la Nación de Perú por los delitos de enriquecimiento ilícito, soborno y malversación de fondos. Diez días más tarde, el pleno del Congreso presentó una acusación constitucional para inhabilitarle durante 10 años del ejercicio de cualquier función pública, por abandono del cargo, incumplimiento de la Constitución, encubrimiento y falsedad, entre otros.

Poco después, Fujimori era acusado de delitos de lesa humanidad, lo que motivó que la INTERPOL cursara en marzo de 2003 una orden internacional para su detención a petición de la Corte Suprema peruana; sin embargo desde su exilio en Japón logró luchar contra acusaciones de corrupción, logrando así la imposibilidad de ser extraditado porque adoptó la ciudadanía japonesa, y al no ser suficiente con todas las acusaciones en su contra, ha expresado su intención de regresar a su país y volver a postularse a la presidencia.³³

Caso Menem

En junio de 2001, el ex-presidente Argentino quedó en situación de arresto domiciliario tras ser acusado de haber liderado desde el poder una asociación ilícita que entre 1991 y 1995 desvió armas de forma ilegal a Croacia y Ecuador. Al mes siguiente se confirmó su prisión preventiva y se acordó su procesamiento por los citados hechos. No obstante, en Noviembre de ese mismo año Menem recuperó la libertad, tras invalidar la Corte Suprema dichos cargos.

Posteriormente, se ha refugiado en Chile, para evitar presentarse a declarar en su país donde ha sido requerido judicialmente por un asunto relacionado con venta de armas al extranjero, entre otros cargos; por lo que goza actualmente de impunidad y quien también ha expresado su intención de regresar a su país a postularse a la presidencia.³⁴

³³SALINAS, Maria Elena, Rdnnoticias: "Lista de Presidentes Corruptos", (<http://rdnoticias.com>), consulta 13-05-2005.

³⁴idem.

Caso Rodríguez

En Centroamérica, también existe una cantidad importante de casos de corrupción, desde los gobernantes hasta los delegados, tal es el caso del ex-presidente de la República de Costa Rica, quien fue acusado de recibir regalías y cerca de un millón de dólares a través de trámites de compras estatales realizados con la empresa francesa Alcatel durante el 2001, por medio de una licitación con el objeto de efectuar instalaciones de 400.000 líneas de telefonía celular en Costa Rica.

Los vínculos de Rodríguez en casos de corrupción también incluyen otros 200 mil dólares, producto de la aprobación del proyecto de electrificación subterránea en San José, el cual habría sido depositado en una cuenta en Miami; y aun así fungía como Secretario de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cargo al que renunció el 8 de octubre de 2004, luego de ser presionado a renunciar días después de haber tomado posesión, debido a los diversas acusaciones y demandas en su contra, por las cuales aun no ha sido procesado.³⁵

De esta manera se deja ver implícitamente que todos los funcionarios mencionados reclaman su inocencia y denuncian venganzas de sus enemigos políticos. Lo irónico es que casi todos ganaron con campañas llenas de promesas para combatir la corrupción y de garantizar la pulcritud de sus gobiernos, pero al final muchos resultan más corruptos que su predecesor.

³⁵Noticias Repretel, Diario Extra Costa Rica: "Miguel Ángel Rodríguez es acusado de corrupción", fecha del documento 26-10-2004 (<http://probidad.org>), consulta 13-05-2005.

1.6 Casos de Corrupción en El Salvador

En El Salvador son muchos los sucesos vinculados con la corrupción, que se difunden en los medios de comunicación, pero que no pasan a ser mas que eso, noticia de ultima hora, que no alcanza ninguna trascendencia o que no merece ninguna importancia a la opinión publica, y mucho menos a los que administran justicia, puesto que es notable al hacer una revisión de estos hechos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, que son muy pocos que se ha iniciado proceso, y minoritariamente los que han finalizado con una sentencia condenatoria en su contra. Esto a pesar que en nuestro país algunas medidas que se firmaron como “acuerdos de paz”, fueron con el fin de crear una estructura judicial mas democrática, que no permitiera que el sistema judicial siguiera siendo una institución corrupta e impune, incapaz de investigar; sin embargo, en la actualidad las cifras monetarias alcanzadas son exorbitantes por estos hechos ilícitos, tal y como las obtenidas en el millonario caso de corrupción en el que se ha visto involucrado el Ingeniero Carlos Perla, quien fue director de ANDA (Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados); sin omitir que el anterior no es el único ejemplo, sino que hay muchos mas como el Caso de estafa en contra de FONAVIPO, ya que una ex directiva del Fondo Nacional de Vivienda Popular, habría aprovechado su puesto para autorizar millonarios préstamos a una institución gubernamental que ella misma presidía.

El dinero nunca llegó hasta las personas de escasos recursos, y se registró una “estafa de por lo menos 20 millones de colones en contra de FONAVIPO”. La principal implicada en el caso es Claudia Margarita Cáceres, quien fue miembro de la junta directiva de la institución y al mismo tiempo directora ejecutiva de la Asociación Salvadoreña de Promoción, Capacitación y

Desarrollo (PROCADES), a la cual se autorizaron préstamos para dicho organismo no gubernamental. Por el momento, Cáceres está siendo procesada por el delito de estafa, por un monto de cuatro millones 822 mil 637 colones, Pero aún no es procesada por los restantes 15 millones que, en un primer momento, se cree que es lo estafado a FONAVIPO.³⁶

Otro caso sobresaliente relativo a este tema es el acontecido entre los partidos políticos y el Tribunal Suprema Electoral, específicamente el Centro Democrático Unido ahora Cambio Democrático, quien aprovechándose del régimen de financiamiento Estatal o deuda política³⁷, triplico la asignación de fondos de deuda política, concedido en un inicio por el Ministerio de Hacienda \$57 mil, como nuevo partido político, lo que genero inconformidad por parte de sus miembros, quienes acudieron al TSE para que se les otorgara \$195 mil 234.57; por lo votos que el CDU tenia derecho en las elecciones de alcaldes y diputados del 2003. Teniendo como respaldo el Decreto Legislativo emitido por la Asamblea Legislativa, a que se mantuviese la misma dirigencia, los estatutos y autoridades...La resolución del TSE se fundamento en una “continuidad jurídica” según argumento el Presidente del TSE Walter Araujo.

Contrario a lo opinado, el magistrado miembro de este tribunal Eduardo Urquilla, sostuvo que “hubo una cancelación del partido CDU, en la anterior administración del TSE y, por lo tanto, se rompió esa continuidad jurídica, y que

³⁶ HERNANDEZ, Alfredo, La Prensa Grafica: “Desvió fondos en créditos falsos Estafan a FONAVIPO por ¢20 millones”, (<http://archive.laprensa.com.sv>), consulta 18-05-2005.

³⁷ Deuda Política, se utiliza como un mecanismo de financiamiento en dinero por parte del Estado por cada voto valido que obtengan en las elecciones para Presidente y Vice-presidente, Diputados al Parlamento Centroamericano y Asamblea Legislativa, y para Concejos Municipales (Arts. 210 Cn. y 187 C. E.).

el decreto legislativo fue para privilegiar y beneficiar al partido político, jamás el decreto reconoció una continuidad jurídica”.³⁸

En principio, el TSE fue una institución creada por medio de los acuerdos de paz, con el fin de terminar con las antiguas prácticas de fraude electoral y como organismo supremo en materia de vigilancia electoral. Lo paradójico es el rumbo que a tomado, al prestarse a este tipo de acuerdos políticos, debiendo de ser apolítico.

Estos casos son tan solo una pequeña muestra de la extensa lista de funcionarios corruptos, que se han enriquecido a costa de un dinero que es publico y del que debido a su carencia es afectada la economía de un pueblo silente ante un sistema de “administración de Justicia” esforzado en papelería, que poco cumple con el significado de la palabra administrar.

La falta de transparencia en la gestión publica, si bien es cierto tiene una trayectoria extensa, esta ha tomado mayor relevancia durante la última década en virtud de los tantos casos de corrupción de funcionarios públicos que se han conocido a nivel internacional y que como hemos visto forman parte de la realidad salvadoreña por lo que en un esfuerzo conjunto de varios organismos internacionales han sido creados diversos instrumentos legales que regulan los delitos relativos a la corrupción de funcionarios públicos como son la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, que han sido suscritos y ratificados en nuestro país, y por lo tanto, considerados leyes de la Republica de conformidad a lo dispuesto por el Art. 144 Inc. 1º Cn., el cual establece que “Los tratados

³⁸ MEJIA, Amilcar, GRIMALDI, Milton, VALIENTE, Bernardo, La Prensa Grafica: “CD triplica asignación de fondos por Deuda Política”, (<http://www.laprensagrafica.com/nacion/392721.asp>), consulta 7-02-2006.

internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la Republica al entrar en vigencia”.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción fue el primer instrumento internacional mediante el cual un grupo de países americanos asumieron compromisos que les vinculan política y jurídicamente para combatir contra la corrupción y que fue ratificada por El Salvador el 18 de marzo de 1999.

1.7 Instrumentos Internacionales Anti-corrupción.

Para las Naciones Unidas el tema de la Corrupción alcanzo relevancia, desde el momento que se realizo un acercamiento con los expertos en economía de todo el mundo, dentro del cual se mostró sus efectos devastadores sobre las economías, tal como lo estableció un estudio del Banco Mundial.³⁹

Debido a los enormes costos de la corrupción, las Naciones Unidas redoblo sus esfuerzos para reducirla, debido a ello se empezaron a buscar medios dedicados específicamente a la lucha contra la corrupción. La lucha ha sido impulsada por varios organismos internacionales, como lo es la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de Europa, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización de Estados Americanos (OEA), que buscan reforzar y armonizar las normas comerciales, ambientales y fiscales para eliminar los vacíos legales que hacen posible la corrupción.⁴⁰

³⁹ Naciones Unidas, “Como nos Afecta la Corrupción?”, (<http://www.cinu.org.mx>), consulta 20-05-2005.

⁴⁰ idem.

La Organización de las Naciones Unidas cuenta con diversos instrumentos que abordan el tema de la corrupción, como por ejemplo:

El Código de Conducta de las Naciones Unidas para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, el cual contiene una cláusula que establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben evitar la corrupción y luchar contra ella vigorosamente.⁴¹

La Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, que instan tanto al sector privado como al sector público a cumplir con las leyes y normas de las naciones donde realizan negocios teniendo en cuenta las consecuencias de sus actos sobre el desarrollo económico, social y el medio ambiente.⁴²

Un Código sobre Prácticas de Transparencia en las Políticas Monetarias y Financieras, elaborado por el Fondo Monetario Internacional con el que se intenta aumentar la transparencia de los sectores público y financiero.⁴³

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en la que se tipifican como delitos los actos de corrupción vinculados con los grupos de delincuencia organizada.⁴⁴

Estas son las diferentes normativas de lucha contra las prácticas de corrupción, pero dos son los instrumentos jurídicos principales que existen a nivel internacional: La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

⁴¹ Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, "Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", (<http://193.194.138.190/spanish/html/menu3>), consulta 23-05-2005.

⁴² Naciones Unidas, "Legislación de las Naciones Unidas contra la Corrupción", (<http://www.cinu.org.mx>), consulta 25-05-2005.

⁴³ idem.

⁴⁴ idem.

Antes de hacer del conocimiento el contenido de estos Tratados es imperioso saber el proceso de celebración, el cual constas de varias etapas de conformidad a la legislación Internacional, como es la Convención de Viena de los Tratados de 1969.

Las etapas en el proceso de celebración de los tratados son las siguientes:

1. Negociación: tiene por objeto lograr un acuerdo entre las partes a fin de determinar las cláusulas del tratado.

2. Adopción del texto: una vez negociado el tratado, se adopta como definitivo. En la actualidad los tratados bilaterales se adoptan por unanimidad y los multilaterales, según lo dispongan los Estados Partes, y a falta de acuerdo, por las dos terceras partes presentes votantes (Art.9 CV).

3. Autenticación del texto: es el acto mediante el cual se establece el texto definitivo de un tratado y en el que se certifica que ese texto es el correcto y autentico. El Art. 10 de la CV hace referencia a la autenticación: el texto de un tratado quedara establecido como autentico y definitivo:

a- Mediante el procedimiento que se prescriba en el o en que convenga los Estados que hayan participado en su elaboración, o

b- A falta de tal procedimiento, mediante la firma *ad referendum* o la rubrica puesta por los representantes de su Estado en el texto de tratado o en el acto final de la Conferencia en que figure el texto.

4. Manifestación del consentimiento: es el acto por el cual los Estados se obligan a cumplir el tratado. La CV señala como formas de manifestación del consentimiento:

a- La firma

b- El canje de instrumento que constituyen un tratado

c- La ratificación, en el país cualquier tratado o convención que celebre el Órgano Ejecutivo referente al territorio nacional requerirá también el voto de las tres cuartas partes, de los Diputados (Art.147 Cn.).

d- La aceptación

e- La aprobación

f- La adhesión.

Los Estados negociadores son los que escogen libremente cual va a ser el modo concreto de manifestar el consentimiento. Antes de la CV, en la doctrina los tratados eran aquellos celebrados en forma mediata, y su procedimiento de celebración se componía de la negociación, ratificación y firma; mientras que los acuerdos se concluían normalmente por el Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, no estaban sujetos a una ratificación posterior, sino que obligaban a partir de la firma o el canje de instrumentos.⁴⁵

○ **Órganos estatales competentes para la celebración de los tratados.**

Se reconoce competencia para la realización de determinados actos en el proceso de la celebración de los tratados (Art.7, párr. 2 CV):

a- Los Jefes de Estado y Ministros de Relaciones Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;

⁴⁵ Ortiz Ahlf, Loretta: "Derecho Internacional Publico", 2ª Ed., Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, México, 2000, p.18.

b- Los Jefes de Misión Diplomática, para la adopción del texto de un Tratado entre el Estado acreditado y el Estado ante el cual se encuentra acreditado;

c- Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante un OI, para la adopción del texto.

- **Entrada en vigor del tratado y su aplicación provisional**

La manifestación del consentimiento de los Estados contratantes no constituyen el punto final del proceso de celebración de un tratado. Tal momento final es la entrada en vigor a partir del cual el tratado comienza a obligar a los Estados Partes. E Art.24 de la CV establece, que un tratado entrara en vigor de la manera y en la fecha en que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores.⁴⁶

- **Observancia de los tratados.**

El principio básico que rige la observancia de los tratados es el enunciado en el Art. 26 de la CV: todo tratado entrado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (*pacta sunt servanta*) lo que quiere decir que los tratados deben de ser cumplidos, por lo que tiene carácter obligatorio.

- **Terminación de los tratados.**

La terminación exime a las partes de seguir cumpliendo el tratado a partir de la misma, sin afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica creada por el tratado durante su periodo de vigencia.

Las causas de terminación que regula la CV son las siguientes:

⁴⁶ *ibid*, p.20.

1. La voluntad de las partes
2. Denuncia, en el caso de que el tratado no contenga disposiciones respecto. Solo puede ser posible cuando conste que fue intención de las partes admitir esta posibilidad, o cuando pueda inferirse de la naturaleza misma del tratado.
3. Celebración de un tratado posterior
4. Violación grave de un tratado, se entiende el grave rechazo del tratado o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin mismo.
5. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, solo puede alegarse cuando de la imposibilidad resulta la desaparición o destrucción definitiva de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado.
6. Cambio fundamental de circunstancias, para que opere esta causal han de cumplirse los siguientes requisitos:
 - a- Las circunstancias que se modificaron deben constituir la base esencial del consentimiento de los Estados.
 - b- Con la modificación de las circunstancias se habrán de alterar radicalmente también las obligaciones que deban cumplirse.
7. Aparición de una norma internacional de *ius cogens*, en este supuesto, el tratado es válido al inicio, posteriormente, al aparecer una nueva norma de *ius cogens* con la que es incompatible, debe darse por terminado.

- **La Suspensión.**

Esta suspensión no significa otra cosa que la exención a los Estados parte del mismo, de no cumplir el tratado durante cierto periodo y terminara cuando desaparezca las causas que la motivaron.

- **La Responsabilidad Internacional.**

Se origina de las conductas violatorias de las normas que atacan a las personas, bienes o cualesquiera derechos de otro Estado, si tales personas, bienes o cualesquiera derechos están protegidos por normas de carácter internacional.

Existe un proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, que establece que la responsabilidad nace de la realización de un hecho ilícito internacional, el cual se descompone de los siguientes elementos:

1. Un acto u omisión imputable al Estado
2. La violación de una obligación de derecho internacional, originada en el acto u omisión del Estado.

Aquí la Comisión engloba dos elementos constitutivos del hecho generador de la responsabilidad internacional. El primero de ellos, considerado como el elemento subjetivo del hecho ilícito, consiste en el comportamiento imputable a un Estado; el segundo denominado elemento objetivo, implica la violación de una obligación internacional del Estado.

Estos elementos del hecho han sido confirmados por la practica del Estado, la jurisprudencia y la doctrina como requisitos esenciales para el nacimiento de la responsabilidad internacional.

1.7.1 Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Esta convención fue creada como un mecanismo de lucha en América y en respuesta al creciente fenómeno de la corrupción, con el fin de prevenir, detectar, erradicar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio, a través de la Organización de los Estados Americanos (OEA), quien mostró su iniciativa en mayo de 1992, siendo la Asamblea General de la OEA la que aprobó que se encomendara al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES) el análisis de prácticas corruptas en el Comercio Internacional con relación a los desafíos económicos y sociales del Continente Americano para la década de los noventa. En dicha resolución se expreso que:

“Las practicas corruptas, junto con otros injustificados condicionamientos al libre comercio tienen efectos perjudiciales sobre las transacciones comerciales internacionales que atraen inversiones, recursos financieros, tecnología, conocimientos especializados y otros importantes recursos del exterior que promueven el desarrollo económico y social en el mundo, particularmente en los países de la región que intentan revitalizar o desarrollar sus economías”.⁴⁷

En 1994, se avanzo con decisiones de la Asamblea General de la OEA, en la que encomendó a su Consejo Permanente a “formar un grupo de trabajo para estudiar el tema de la Probidad y la Ética”; dicho grupo tendría las funciones de “Recopilar y estudiar las legislaciones e informaciones nacionales vigentes en materia de ética pública; analizar las experiencias de control y fiscalización de las instituciones administrativas existentes, hacer un inventario de los delitos

⁴⁷ Organización de Estados Americanos.:“Practicas Corruptas en el Comercio Internacional”, AG/RES. 1159, 22 de Mayo de 1992, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

relacionados con la ética pública y elaborar recomendaciones sobre los mecanismos jurídicos para controlar el problema”.⁴⁸

La decisión de convertir a la OEA en uno de los principales foros de cooperación entre Estados para combatir la corrupción quedó plasmada en la Declaración de Belem do Pará de 1994. En ella la OEA se impuso la obligación de estudiar medidas “destinadas a combatir la corrupción, mejorar la eficiencia de la gestión pública y promover la transparencia y la probidad en la administración de los recursos políticos”.⁴⁹

En junio de 1995, ya estaba listo uno de los primeros instrumentos anti-corrupción, el cual fue llamado “Proyecto de la Convención Sobre la Corrupción”, preparado por el grupo de trabajo sobre Probidad y Ética Cívica, designado por el Consejo Permanente de la OEA. Del cual el Secretario General de la OEA, Cesar Gavidia expresó que:

“La Convención fue el resultado de lo expuesto en Miami en tiempos en que apenas se conocía que el tema de la corrupción podía ser parte de la Agenda Internacional; debido a que los intentos que se habían realizado para promover iniciativas de esta naturaleza habían fracasado tanto en las Naciones Unidas como en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. De hecho, en la OCDE, los Estados más desarrollados durante muchos años se habían negado sistemáticamente a asumir compromisos que los vinculara jurídicamente en el combate contra la corrupción.”⁵⁰

⁴⁸ Organización de Estados Americanos: “Probidad y Ética Pública”, AG/RES. 1294, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

⁴⁹ Organización de Estados Americanos: “Declaración de Belén do Para”, AG/RES. 6 de Junio de 1994, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

⁵⁰ Intervención del Secretario General de la OEA en la Conferencia de los estados parte de la CICC. Buenos Aires, Argentina, 2 de mayo 2001, (<http://www.jus.gov.ar>), consulta 25-05-2005.

Es por ello, que la Cumbre de Miami fue uno de los pasos importantes para la consolidación del proceso de adopción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita en Caracas Venezuela el 29 de marzo de 1996 y entrada en vigor el 3 de junio de 1997. Este Tratado fue el primer instrumento jurídico de carácter global para enfrentar el flagelo de la corrupción.

En junio de 1997 la OEA aprobó la creación del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción, en el que se preveían acciones en el campo jurídico, institucional, internacional y de la sociedad civil. Algunos de sus aspectos más relevantes son los siguientes:

- a) Impulsar la adopción de la CICC y realizar estudios jurídicos para su adecuación en las legislaciones nacionales, incluyendo el desarrollo de leyes modelos;
- b) Realizar estudios comparativos de las normas legales de los estados miembros a fin de identificar las similitudes, diferencias y vacíos legales que pudieran existir;
- c) Realizar campañas de difusión, estimular el papel de la prensa y formular programas educativos.

Este programa le dio un sentido orgánico y funcional a la lucha contra la corrupción dentro de la OEA, instaurando funciones permanentes en ese organismo para dar seguimiento a la CICC.

Luego, en enero del 2001 el consejo permanente de la OEA, acogiendo las propuestas del grupo de trabajo de Probidad y Ética Cívica emitió una resolución donde daba recomendaciones para un mecanismo de seguimiento a

la CICC⁵¹. El referido mecanismo de seguimiento tendría el propósito de promover la implementación de la CICC, dar seguimiento a los compromisos de los Estados ratificantes y facilitar la cooperación técnica y jurídica; ese mismo se caracterizó por no buscar sanciones, sino recomendaciones que ayuden a los estados partes en la implementación de la CICC.

Al revisar estos documentos se observa como fue creciendo el interés sobre el tema de la corrupción en la OEA, y la orientación que fue tomando el debate en respuesta a la necesidad de desarrollar mecanismos de cooperación internacional para hacerle frente.

Este mismo interés fue retomado por El Salvador, al firmar la Convención el 29 de Marzo de 1996 y ratificarla el 26 de octubre de 1998.

1.7.2 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción marco líneas estratégicas en el combate y prevención de este fenómeno de la corrupción en los sectores público y privado, que obligo a los países a ratificar y aplicar mecanismos para la devolución de los fondos del erario desviados por servidores públicos de otras naciones, que hayan sido depositados en sus sistemas financieros. Además, suple la insuficiencia de dos de las herramientas fundamentales para combatir la corrupción internacional: “la asistencia legal mutua y la repatriación de fondos enviados al exterior por funcionarios corruptos”. También prohíbe la extorsión por parte de funcionarios públicos, lo cual complementa el esfuerzo de la Convención de la Organización para la

⁵¹ Organización de Estados Americanos: “Recomendación del Consejo Permanente a los Estados Parte sobre el Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la CICC”, 18 de enero de 2001, (<http://www.jus.gov.ar>), consulta 1-06-2005.

Cooperación y el Desarrollo Económico de 1997, que hace ilegal que compañías de países signatarios sobornen a funcionarios públicos en el extranjero. Esta Convención se convierte así, en un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción e independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En su resolución 55/61 del 4 de diciembre 2000, la Asamblea General pidió al Secretario General, una vez concluidas las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los protocolos conexos, que constituyera un “grupo intergubernamental de expertos de composición abierta que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación del futuro instrumento jurídico de carácter internacional contra la corrupción”.⁵²

El Consejo Económico y Social, por recomendación de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su décimo período de sesiones, aprobó la resolución 2001/13 de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos con origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como para repatriar dichos fondos”. En la que el Consejo pidió al Grupo Intergubernamental de Expertos que examinara, los siguientes aspectos, como posibles temas de trabajo, de incluirse en el proyecto de mandato para la negociación de un futuro instrumento jurídico contra la corrupción:

a) el fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito, incluido el lavado de activos derivados

⁵² Naciones Unidas, Op. Cit., (<http://www.cinu.org.mx>).

de actos de corrupción, y la promoción de medios y arbitrios para posibilitar la restitución de esos fondos;

b) la puesta en marcha de las medidas necesarias para que los funcionarios del sector bancario y otras instituciones financieras contribuyeran a la prevención de la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, por ejemplo registrando las transacciones en forma transparente, facilitando la restitución de esos fondos;

c) la definición de los fondos provenientes de actos de corrupción como producto del delito y la tipificación de dichos actos como delitos determinantes del blanqueo de dinero; y

d) el establecimiento de criterios para determinar los países a los que habían de restituirse los fondos antes mencionados y los procedimientos apropiados para hacerlo. Por tal motivo se estableció en Viena un comité especial para elaborar dicho instrumento internacional.

Esta Conferencia que tuvo lugar en Viena, del 30 julio al 3 de Agosto del 2001, fueron representantes de 95 Estados que acordaron el mandato para tal convención. Posteriormente el 18 de diciembre de 2002 la Asamblea General aceptó el ofrecimiento del Gobierno de México de ser el anfitrión de la Conferencia Política de Alto Nivel en Mérida para la Firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.⁵³

El tratado, tal como estaba previsto, contemplo numerosos aspectos del problema, entre ellos las medidas preventivas, la tipificación penal, las

⁵³ idem.

sanciones y los recursos. Se solicitó a sus autores que prepararan disposiciones sobre jurisdicción, incautación, protección de testigos, transferencia al extranjero de fondos obtenidos ilícitamente, repatriación de esos fondos y una gama de medidas de cooperación internacional. Por lo que del 9 al 11 de diciembre de 2003 (resolución 57/169), se llevó a cabo la Conferencia Política de Alto Nivel en Mérida para la Firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Centro de Convenciones Mérida Siglo XXI, en Yucatán, México.⁵⁴

En el caso de América Latina, El Salvador fue el primer país en ratificar la CNUCC; firmado el 10 de diciembre del 2003 y ratificado el 1 de julio de 2004; sin embargo, no se encuentra en vigencia por la falta de ratificación de otros Estados.

Los Instrumentos Internacionales antes citados reflejan el interés de los Estados Partes por combatir esta problemática; además de la admisión de la necesidad por erradicar prácticas corruptas en sus gobiernos. Nuestro país también reconoce dicha necesidad, lamentablemente no lleva a la práctica los actos tendientes al cumplimiento de estos convenios, tal como veremos en el desarrollo de la investigación.

⁵⁴ idem.

CAPITULO II

ASPECTOS DOCTRINARIOS ACERCA DE LA CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

2.1 La Función Pública.

El término función proviene de la palabra fungor, que significa: “hacer, cumplir y ejecutar”⁵⁵, así mismo deriva de finis, que dentro del campo de las relaciones jurídicas, implica “llevar a cabo una actividad, ejercicio, desempeño de atribuciones”⁵⁶ y se entiende como toda actuación o razón del fin jurídico. Es importante diferenciar los conceptos de función pública y servicio público ya que tienden a confundirse a pesar que difieren en contenido, siendo que servicio público es el exigido por el Estado o que se hace voluntariamente al mismo ya sea por medio del servicio militar, jurados, etc. para asegurar la satisfacción de necesidades públicas. El servicio público para la doctrina española, se define como “una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública que se trate, de una manera directa por medio de sus órganos administrativos, con exclusión de los particulares”.⁵⁷

Por lo tanto, el servicio público debe definirse en alusión al órgano o entidad administrativa. Mientras que la función pública constituye una forma de ejercicio o desempeño de las atribuciones del Estado.

⁵⁵ MOUNTON Y OCAMPO, Luis, CASSI, Lorenzo Ma. Aliery, OLIVER RODRÍGUEZ, Enrique y TORRES BALLESTE, Juan: “Enciclopedia Jurídica Española”, Tomo XVI, Barcelona, Editor Francisco Seix, 1919, pp. 856-858.

⁵⁶ *ibid*, p.858.

⁵⁷ Diccionario Jurídico Espasa, España, Editorial Espasa Calpe, 1999, p. 912.

En el texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción se entiende por Función pública, “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”(Art. 1 CICC). Es por ello que ha sido considerada como aquella misma actuación hacia un fin, en cuanto sea caracterizadamente pública.⁵⁸

En consecuencia, la función pública “implica la presencia de un acto declarativo de la voluntad del Estado, no obstante, no es imprescindible que se trate de un acto emanado directamente del Estado, basta que quien cumple el acto tenga representatividad para declarar o ejecutar la voluntad del Estado”⁵⁹.

De los conceptos vertidos muchas veces el funcionario público es definido en relación al término función, por lo que se entiende como la persona que ejerce una función pública; y que su nombre deviene de la relación que este sostiene con el Estado, como el hecho de recibir un sueldo de las arcas estatales, y de disponer de cierta autoridad. Según Manuel Amiama, la función pública o empleo público no es más que “la vinculación de una persona o un grupo de personas a una institución gubernamental o administrativa”⁶⁰. Punto de vista que vincula al funcionario por medio de un empleo cargo o contrato a una función pública que es delegada por el Estado.

⁵⁸ MOUNTON Y OCAMPO, Luis, et. al. : “Enciclopedia Jurídica ...”, Op. Cit., p.858.

⁵⁹ CARRERA, Daniel P: “Peculado”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Talleres Gráficos Garamond, 1968, p. 63.

⁶⁰ Vid., AMIAMA GOMEZ, Manuel A: “Prontuario de la Legislación Administrativa Dominicana”, Republica Dominicana, Editorial Tiempo, 1987, p. 65.

2.1.1 Naturaleza Jurídica de la Función Pública.

Doctrinariamente ha sido discutida la naturaleza de la función pública, la cual expone varias teorías, que se encuentran, fundamentalmente representadas por “las teorías de derecho privado y de derecho público”⁶¹ que básicamente trata de establecer la relación que existe entre funcionarios, empleados públicos y el Estado, a lo que llamamos la naturaleza jurídica de la función pública.

La primera teoría, se basa en la existencia de capacidad y consentimiento de ambas partes (servidores públicos y el estado), las prestaciones recíprocas, al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensación pecuniaria que recibe del Estado.⁶²

Con ello se pretende determinar las relaciones que surgen de la función pública dentro del derecho civil tradicional y considerar que se trata de “un contrato de locación de obras o bien de un contrato de mandato, según se trate de la prestación de servicios materiales o de realizar en nombre y representación del Estado”⁶³. Esta teoría civilista sobre la naturaleza jurídica de la función pública, debe descartarse, en primer lugar porque las relaciones del estado y empleado o funcionario público, se basan en un régimen de derecho público; en segundo lugar, porque en la función pública los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencia en las que se divide la totalidad de las atribuciones del Estado.

⁶¹ Vid., FRAGA, Gabino: “Derecho Administrativo”, Libro IV, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1994, p.337.

⁶² idem.

⁶³ ibid., p.338.

La segunda teoría considera que el régimen jurídico de dicha función debe adaptarse al cumplimiento de las atribuciones, realizadas de una forma eficaz, regular y continua, produciendo la satisfacción del interés general; de tal manera, que las normas que estén inspiradas en las necesidades generales, son las normas de derecho público, las que tendrán que ser relaciones que constituyen la función pública.⁶⁴ Por lo que indicamos que el derecho privado solo puede aplicarse excepcionalmente al Estado, siempre que se trate de una actividad que no afecte inmediatamente a la satisfacción que le esta encomendada, las necesidades generales.

Quedando así, definida la rama del derecho a la que corresponde, las relaciones entre el estado y sus servidores.

2.1.2 El Acto de Corrupción en la Función Pública.

Los autores enfocan la corrupción en la función pública, como producto de los titulares de los órganos que integran al Estado.

Para Rafael Bielsa la corrupción en la función pública, es “la desnaturalización o desviación del regular ejercicio de la función pública, entendida esta como la entera actividad del Estado”⁶⁵, no nos referimos solo a las funciones del órgano ejecutivo como poder administrador, sino también al ejercicio de las funciones legislativas, judiciales, nacionales y municipales, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros destinatarios del acto funcional.⁶⁶

⁶⁴ idem.

⁶⁵ Vid., BIELSA, Rafael: “Estudios de Derecho Publico”, Tomo IV, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, p.318.

⁶⁶ idem.

2.2 Delito de Corrupción.

En términos generales se afirma que el delito de corrupción constituye una practica constante y generalizada en todos los sectores de la administración publica y que día a día alcanza mayor trascendencia por los estragos económicos que genera no solo a la administración publica, sino también al sector privado y al pueblo en general, tal así que la definición de corrupción que encontramos según Guillermo Cabanellas en la cual considera la corrupción como “el acto de quienes, estando revestidos de autoridad publica, sucumben a la seducción, como los realizados por aquellos que tratan de corromperlos”⁶⁷.

Otra definición de corrupción es la que se refiere a la conducta desviada de los funcionarios y empleados públicos que se aprovechan de su función, cargo o empleo publico para enriquecerse indebidamente.⁶⁸

El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional proporcionan como definición de la corrupción, el abuso del cargo publico para la obtención de ganancias. Corrupción es entonces el acto a través del cual el funcionario publico violenta las normas del sistema legal imperante, para favorecer intereses particulares o de grupo a cambio de un beneficio o recompensa para si o para terceros.⁶⁹

La corrupción puede ser vista como una practica social implica la transacción entre quien corrompe y quien se deja corromper, dicha relación genera solidaridad entre los que se encuentran involucrados en este tipo de fenómeno,

⁶⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, Argentina, Editorial Heliasta, p. 77.

⁶⁸ Vid., COMISION COORDINADORA DEL SECTOR JUSTICIA: “Glosario de Términos Jurídicos para Comunicadores UTE”, Editorial UCA, p. 12.

⁶⁹ ZAVALA EGAS, Zavier: “La Corrupción Política: El Caso de Ecuador”, (<http://www.clad.org.ve/zavala.html>), Consulta 08-06-2005.

que lleva al encubrimiento, políticas de silencio, falta de pruebas tangibles, que tornan difícil la lucha contra este flagelo social que no se reduce a ciertos actos aislados, puesto que muchos de sus efectos adquieren carácter permanente que producen un impacto en lo económico, político y social.

El problema de la corrupción, desde nuestro punto de vista ha pasado a ser parte no solo de los problemas económicos, políticos y sociales a los que se enfrenta nuestro país y el mundo entero, sino también se ha convertido en un problema cultural, a lo largo de los tiempos, el consumismo de las personas, la codicia y el afán por el poder ha llevado a los que lo poseen a hacer un mal uso del mismo.

En la actualidad muestra de lo anterior son los casos de corrupción que han salido a la luz pública son los que generan sorpresa ya que han pasado a formar parte de la cotidianeidad, que se suele relacionar al funcionario público con la corrupción.

2.2.1 Bien Jurídicamente Protegido.

Según Zaffaroni, el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas.⁷⁰ El funcionario, por medio de la gestión pública realiza la administración pública, que es protegida por el Estado, a través de la tipificación de los delitos en contra de la administración pública, entonces podemos decir que esta en

⁷⁰ Vid., ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal", Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora, 1988, p. 239.

cualquier acto de corrupción, es el bien jurídico protegido que resulta lesionado; es ella que exige un correcto y honesto accionar de sus funcionarios y empleados públicos. Cuando la administración pública resulta lesionada a causa de la corrupción, implica que el Estado también es afectado y por ende la sociedad que el representa, por lo que se convierte en la mayor amenaza a los gobiernos, la política, los negocios y la democracia, es por ello que cuando el poder público es corrompido la sociedad pierde toda credibilidad en el sistema, pone en peligro el sistema democrático debido al nivel de desconfianza institucional que provoca, además de socavar el compromiso social y público, destruyendo paulatinamente las bases en las que la sociedad se afirma.

2.2.2 El Sujeto Activo en el Delito de Corrupción.

El sujeto activo del delito de corrupción es el funcionario o empleado público, que es quien dispone de la función pública para violentar las normas en contra de la administración pública; solo pueden ser sujetos activos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley. En este caso la condición especial es la de ser funcionario o empleado público.

2.3 Definición de Funcionario Público.

Cuando nos referimos a los funcionarios públicos, asociamos con ellos el ejercicio de la función pública y lo entendemos como la vinculación de una persona o de un grupo de personas a una institución gubernamental o administrativa que les permite situarse en un puesto jerárquico. Entonces son funcionarios públicos los servidores del Estado, cuyos deberes y atribuciones se encuentren establecidos por las leyes y reglamentos.

Según el Art. 218 de nuestra Constitución de la Republica los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no al servicio de una fracción determinada. Así mismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción en su Art. 1 inc. 3º reconoce como “funcionario publico, oficial gubernamental o servidor publico a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. De manera que cuando actúan representan formalmente a la administración publica en aplicación de las leyes y reglamentos, con una mayor o menor autoridad, según el plano en que se encuentre en la jerarquía administrativa. Lo cierto es que su actividad esta destinada a satisfacer las necesidades de la colectividad, y no a las de su interés personal.

2.3.1 Probidad del Funcionario Público.

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra *transparente* se define como algo que significa “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”. Por su parte, *probidad* es sinónimo de “honradez, es decir, lo contrario a corrupción”.⁷¹

En este mismo sentido, probidad significa “rectitud del ánimo y del proceder integral, moral, honradez y hombría de bien... todo ello, realiza las cualidades morales y profesionales que constituyen una aureola a los jueces y administrados”⁷², siendo la probidad administrativa el principio que consiste en

⁷¹ Real Academia Española: “Diccionario de la Lengua Española”, 16a ed., Madrid, Talleres Espasa-Calpe, 1936, p.p. 12440 y 1033.

⁷² CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, 26 ed., Argentina, Editorial Heliasta, 1998, p. 433.

actuar honradamente en el seno de la administración, y que puede deteriorarse o dañarse por acciones deshonestas.

En nuestro país de conformidad al Art. 6 del Código de Ética del Servidor de la Corte de Cuentas probidad es “aquella conducta intachable en sus actuaciones, el administrar los recursos públicos, con entrega legal y honesta al desempeño de las tareas que le sean asignadas, siendo consciente y respetando las limitaciones, restricciones y abstenciones que se le exijan”.

Es deber del funcionario publico observar una conducta honesta, recta e integra en el desempeño de su función, con preeminencia del interés publico sobre cualquier otro. Así mismo, debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que aparente la violación de normas de conducta en la función pública. Realizando actuaciones vinculantes al ejercicio de la función pública, bajo una conducta funcionaria proba y moralmente intachable.

En este sentido, la probidad administrativa exige por parte del funcionario público los siguientes elementos:

- a) Conducta funcionaria intachable, cabe señalar que una ética de orden publico no regula la vida privada del funcionario, excepto cuando la vida privada impide o pone en riesgo el ejercicio de la función publica.
- b) Un desempeño honesto en la función o cargo, implica orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución, a la mejor prestación de los servicios que a este correspondan, realizando sus labores con dedicación y eficiencia.

- c) Preeminencia del interés público sobre el interés privado, significa que la persona investida como funcionario público no puede intervenir, en razón de sus funciones en asuntos que tengan interés personal o de parientes cercanos. Así mismo, no puede actuar, directa o indirectamente, contra los intereses del Estado ni de sus instituciones.

Por otra parte existe un conjunto de bases el cual se sustenta el principio de probidad como a continuación especificamos:

- a) Principio de Responsabilidad, a través de este el funcionario asume las consecuencias de su conducta sean acciones u omisiones;
- b) Principio de Juridicidad, en virtud del cual el funcionario debe realizar lo que permiten sus facultades y atribuciones en función de la misión del Servicio; (Art. 219 Cn. y leyes secundarias que lo regulan)
- c) Principio de Racionalidad, significa que el funcionario no se debe someter a los contribuyentes en cuanto a trámites innecesarios o a cumplir requisitos arbitrarios; y
- d) Principio de la Eficiencia, procura la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles.

2.3.2 Marco Constitucional del Principio de Probidad

Podemos decir que el principio de probidad, si bien no se encuentra señalado como tal en forma explícita en nuestra Constitución; verificamos su existencia en numerosas disposiciones que determinan el marco jurídico que rige a los

funcionarios públicos y que de ser infringidas dan lugar a responsabilidad por parte de ellos. En este sentido citamos: algunas disposiciones relativas a principios éticos a los que debe someter su acción el órgano o funcionario público tal es el caso del Art. 3 Cn. que reconoce la igualdad de personas ante la ley, y establece que no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios. Por otra parte el Art.128 Cn. sanciona con la cesación en el cargo a parlamentarios, que celebraren o caucionaren contratos con el Estado. Así mismo y tomando en cuenta el papel fundamental del Estado que se cumple sobre las bases de la juridicidad, la eficiencia, la racionalidad y de la probidad, tal como lo regula el Art. 1 Cn., “El Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

Debemos considerar además que el texto constitucional se desarrolla en las leyes secundarias, complementando de esa forma su articulado, como la determinación de la organización básica de la administración pública y los principios técnicos y profesionales en que deben fundarse los funcionarios públicos.

2.3.3 Conductas que Afectan la Probidad del Funcionario Público.

Así como hemos determinado algunas bases sobre las cuales se fundamenta el principio de probidad del funcionario público, es pertinente hacer énfasis en las conductas contrarias a la probidad en la función pública; de entre las cuales podemos mencionar:

- a) Negar información o documentación que haya sido solicitada de conformidad de la ley;

- b) Valerse del cargo para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para si o para un tercero;
- c) Tomar en préstamo o bajo cualquier otra forma dinero o bienes de la institución, salvo que la ley expresamente lo autorice;
- d) Intervenir en las decisiones que recaigan asuntos en que haya participado previamente como técnica;
- e) Usar en beneficio propio o para terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en el ejercicio de la función;
- f) Valerse de la posición funcional para cualquier tramitación en el sector público o privado, con el fin obtener una decisión favorable, ventaja, franquicia o trato especial.

Estas son solo algunas de las formas que dan inicio al desvío de la conducta del funcionario público como representante del Estado por elección popular, que se manifiestan en la búsqueda de beneficios propios y no para los cuales fue electo.

2.3.4 Acto de Corrupción del Funcionario Público.

Al referirnos a funcionarios corruptos no podemos afirmar que el servicio es su principal actividad o fin, puesto que el delito que comete es en contra de la administración pública y su conducta ilícita reviste la mayor gravedad, en cuanto que es desviada de los deberes normales inherentes a la función pública hacia

consideraciones privadas como las familiares, de clan y de amistad, con objeto de obtener beneficios personales en dinero o posición social.⁷³ Entenderemos entonces como acto corrupto el acto del funcionario público que antepone su interés personal de un determinado sector al del bien común, que es la finalidad última de la función, para la cual ha sido designado.

Diferentes autores consideran el acto corrupto, como la corrupción misma, pero como acto aislado, por ejemplo:

Corrompe: como verbo que implica “sobornar, destruir la honestidad o integridad, manchar, contaminar”.

Corrupto: “el adjetivo que marca inmoralidad, perversión y depravación”.

Corrupción: “nombre que señala el acto o proceso de corromper”.

Un acto corrupto es “el hecho de modificar el curso de la función, de tal forma que resulta en ventaja personal o beneficio, desnaturalizando esa función”. Esto constituye corrupción en todas las circunstancias.

Corrupto es por lo tanto el comportamiento desviado de aquel que ejerce un papel en la función pública, y la corrupción es el abuso legal y la forma de proceder para lograr ejercer influencia económica y política dentro del grupo gobernante y la sociedad.

⁷³ Vid., KLITGAARD, Robert: “Controlando la Corrupción”, Quipus ed., La Paz, Bolivia, 1990, p.p. 24-23.

2.3.5 Diferencias entre Funcionario Público y Empleado Público.

Respecto de los funcionarios y empleados públicos, es una cuestión muy debatida en la doctrina, señalar cuales son los caracteres que los separan. Se ha considerado que las definiciones de funcionarios varían tanto de la doctrina como en su concepto legal, que depende del grado de evolución jurídica del Estado y de su forma política, pues todo esto se refleja sobre las ideas de función pública⁷⁴.

Entre las opiniones que se han expresado para realizar esta distinción, podemos señalar las siguientes:

En cuanto al criterio de distinción de los funcionarios y empleados públicos, ha sido considerado en relación a la duración del empleo⁷⁵, ya que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, mientras que los empleados tienen un carácter permanente. Este criterio no aporta una base segura para tal distinción, pues bien puede encontrarse, entre los que se llaman funcionarios, algunos que tienen la misma permanencia que los empleados, y que además el ejercicio de su función muchas veces es prolongado.

Otro criterio de distinción se basa en la retribución, considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos, en tanto que los empleados son simples remunerados⁷⁶. Tampoco es un criterio sólido, ya que en nuestro ordenamiento jurídico todos los servidores públicos gozan de una remuneración.

⁷⁴ BIELSA, Rafael: "Estudios...", Op. Cit. pp. 186-187.

⁷⁵ FRAGA, Gabino: "Derecho...", Op. Cit., p.334.

⁷⁶ *ibid.*, p. 335.

También se señala como criterio para distinguir a los funcionarios de los empleados, la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado⁷⁷. Si la relación jurídica es de derecho publico, entonces se tiene al funcionario, si es de derecho privado, al empleado. Erróneamente la relación de la función pública de los empleados es también de derecho público, por lo que este criterio es inadmisibile.

Se ha dicho que los funcionarios públicos son los que tienen poder de decidir y ordenar, mientras que los empleados son meros ejecutores⁷⁸. Esta distinción, se basa en la autoridad, pues si bien los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios, y por lo tanto son considerados los empleados como meros auxiliares.

Otra opinión considera como funcionario publico, aquel que tiene señaladas sus facultades en la constitución o en la ley, y al empleado en los reglamentos⁷⁹. Por lo que todos los órganos de la administración pública deben tener señaladas sus atribuciones en la ley, por lo que este criterio no es motivo para realizar una distinción.

Siendo el mas adecuado de estos criterios de distinción entre funcionario y empleado publico, el que supone para el funcionario un encargo especial transmitido en principio por ley, que crea una relación externa con carácter representativo, de expresar o ejecutar la voluntad del Estado, mientras que el empleado solo supone una vinculación interna, pues no participa del ejerció de funciones publicas, sino que presta un servicio vinculado a ese ejercicio lo que

⁷⁷ idem.

⁷⁸ idem.

⁷⁹ ibid., p. 336.

hace que su titular solo concorra a la formación de la función pública⁸⁰. El Código Penal Salvadoreño sustenta esta tesis en su Art. 39 n° 1 considerando como funcionario publico a todas las personas que presten servicios retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración publica del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos. En su mismo artículo, numeral tercero, expresa lo siguiente: son empleados públicos y municipales, 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.

Sin embargo en las disposiciones constitucionales Art. 218 Cn., no existe diferenciación alguna entre funcionario y empleado público.

2.4 La Administración Pública.

Etimológicamente el vocablo administración, es derivado de las palabra administrare, que significa “servir a; o bien la contracción de ad-manus-trahere, que se traduce traer a mano, manejar, o lo que alude a una gestión”⁸¹, es por ello que en términos comunes la administración es gestión de asuntos o intereses, una actividad teleológica para alcanzar fines humanos; ya que en la administración publica, el administrado gestiona siempre bienes e intereses ajenos como los de la comunidad política a la que sirve.⁸²

⁸⁰ idem.

⁸¹ Vid., OLIVERA TORO, Jorge: “Manual de Derecho Administrativo”, 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997, p.19.

⁸² ibid., p. 20.

Por otra parte la administración es considerada “Esa actividad permanente del Estado que satisface necesidades colectivas mediante la acción de órganos que expresan su voluntad, y para ello obran con su autoridad mediante actos de imperio, y en ciertos casos, en el derecho publico, sin ser actos de autoridad, sino actos de gestión publica, al menos respecto de los administrados”.

En sentido amplio el concepto de administración, se centra en “una actividad humana de conjunto, que tiene por características las de prever, organizar, mandar, coordinar y constatar con la finalidad la de servir a alguien. Prever para proyectar lo futuro; organizar como forma de ligar las cosas de tal modo que correspondan aun mismo sistema; mandar para hacer funcionar al personal; coordinar procurando que no se gasten o pierdan los esfuerzos realizados para lograr determinados propósitos, y constatar para verificar si se ha llevado a cabo conforme a las ordenes”⁸³. Estos son los factores que suponen movimiento o actividad en la administración.

Algunos aspectos fundamentales que se examinan en la administración son el aspecto subjetivo y el objetivo; en el primero se toma en cuenta al sujeto que realiza la actividad, para darle el calificativo correspondiente (familiar, privada, publica, etc.), esta clasificación de la administración invoca la actividad que se realiza en determinada circunstancia; pero la actividad administrativa que nos interesa es la desarrollada por el órgano ejecutivo, como órgano administrador, en conjunto con los otros organismos; en el aspecto objetivo la administración es vista como la actividad correspondiente a la función administrativa del Estado que actúa en determinados dominios, con el objeto de brindar satisfacción de necesidades publicas de manera inmediata.

⁸³idem.

En lo que respecta a la administración pública, es definida como “El conjunto de medios de acción directos o indirectos, humanos, materiales o morales de los cuales dispone el gobierno para lograr sus propósitos y llevar a cabo las tareas de interés público que no cumplen las empresas privadas o las particulares y que determinan los órganos constitucionales, legalmente dedicados a escoger y definir la política general de la nación”⁸⁴. Hay que tener en cuenta que cuando hablamos de administración pública debe contemplarse no solo al gobierno o a las entidades estatales, sino también a los demás organismos paraestatales que integran el sector público; además al referirse a la administración pública dentro del derecho administrativo, es un concepto mucho más amplio ya que comprende el aspecto funcional de tres órganos.

En nuestro país, de conformidad al Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la administración pública se compone de la siguiente manera:

- a) El poder ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semi-autónomas y demás entidades descentralizadas del estado;
- b) Los poderes legislativo y judicial, y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y
- c) El gobierno local.

Igualmente la expresión Administración pública es susceptible de ser empleada en dos sentidos:

⁸⁴ Vid., SERRA ROJAS, Andrés: “Derecho Administrativo”, México, Editorial Porrúa, 1985, p.111.

En sentido restringido se refiere al conjunto de dependencias subordinadas al poder ejecutivo, generalmente en el derecho constitucional, en el derecho administrativo y en el derecho político se habla de administración como sinónimo de poder administrador.

En materia penal, al hablar de administración pública, no restringe su sentido al de poder ejecutivo sino que lo aplica para toda la administración pública ejecutiva, legislativa y judicial.⁸⁵

Al igual que la protección penal del título se extiende tanto a las funciones administrativas propiamente dichas, como a la legislativa y judicial; por tanto el concepto penal de administración pública es algo muy lato: es el gobierno del Estado integrado con todos los poderes que lo componen, con los servicios que son inherentes a esos poderes o que el Estado atrajo a sus esferas por razones prácticas pero en cumplimiento de finalidades públicas.⁸⁶ En un sentido extenso, puede decirse que el objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública; en sentido propio implica el deber del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquel expresa su voluntad frente y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración.⁸⁷

En cuanto a la administración privada la actividad del Estado es solo fiscalizadora de la actividad particular para salvaguardar los intereses de la sociedad. La diferencia existente entre la administración pública y la administración privada, puede precisarse en el sentido de que la institución

⁸⁵ Vid., MOLINARIO, Alfredo J: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Editorial Argentina, 1996, p. 58.

⁸⁶ Vid., CREUS, Carlos: "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 243.

⁸⁷ idem.

privada persigue un propósito de lucro y la satisfacción de un interés particular, en tanto que la administración pública solo se justifica por los intereses generales que la ley le confiere.

2.4.1. La Corruptibilidad Pública.

La corruptibilidad pública aumenta el costo de los bienes y servicios e incrementa la deuda de un país, conduce al relajamiento de las normas de modo que se adquieren bienes que no alcanzan las normas establecidas o tecnología inapropiada o innecesaria. El impacto político de la corrupción puede medirse a través de diversos elementos, la corrupción reproduce y consolida la desigualdad social y preserva las redes de complicidad entre las elites políticas y económicas; además de acentuar las diferencias sociales al limitar el papel del Estado como mediador de las demandas de los distintos grupos sociales.⁸⁸

La corruptibilidad pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. Igualmente existen definiciones muy generales como la que indica que la corrupción es “...aquella forma de actividad ilegal mediante la cual, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, se valen de su posición para apropiarse de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, y que, con ese costo como sobrepago, obtienen un privilegio”.⁸⁹

⁸⁸ Vid., LOZANO, Juan y MERINO DINAR, Valeria: “La Hora de la Transparencia en América Latina, Manual de Anticorrupción en la Función Pública”, Ediciones Juan Granica, S.A., p. 33.

⁸⁹ Vid., PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés: “Corrupción, necesidad, posibilidad y límites de la respuesta judicial”, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1996, p. 425.

2.5 Clases de Corrupción.

Cuando un funcionario publico comete actos corruptos, lo hace ayudado de las facultades que posee a consecuencia de la función publica que le ha sido delegada, con el fin de obtener un beneficio personal, que puede consistir en dinero, poder, un lugar o de un estatus social, es por ello que varios autores han clasificado la corrupción en administrativa y política.

2.5.1. Corrupción Administrativa.

La corrupción administrativa o burocrática consiste en el abuso del cargo público para la obtención de ganancias pecuniarias,⁹⁰ es considerada inherente a funcionarios del orden administrativo y judicial y esta determinada por la aceptación de ofertas o promesas y donaciones o presentes, a cambio de la realización de un acto propio de la función, que siendo correcto, por su ejecución no se debe percibir a cambio ningún tipo de remuneración.

Existen dos categorías diferentes de corrupción administrativa; la primera acontece cuando el acto corrupto se comete “de acuerdo con las reglas” y la segunda cuando la operación se desarrolla “en contra de las reglas”, en el primer caso se cometen actos de corrupción para obtener beneficios que el funcionario tiene prohibido proporcionar. La corrupción “de acuerdo con la ley y contra la ley” puede ocurrir a todos los niveles gubernamentales y oscila desde la “gran corrupción” hasta las más comunes y pequeñas formas en la escala de la misma.⁹¹

⁹⁰MARIN, Guillermo: “La Corrupción como Fenómeno Universal”, <http://www.revistaprobidad.info>, consulta 03-06-2005.

⁹¹ LOZANO, Juan, et. al.: “La Hora ...”, Op. Cit., p. 33.

Didácticamente, se habla de dos tipos de corrupción, una directa, y otra institucionalizada; es directa cuando en los comportamientos concretos e individuales los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Esto es posible sobre todo en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa y se debe a que las tareas de los funcionarios y de los servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada que forma parte de la estructura institucional.⁹²

Existen diversas formas de clasificar la corrupción administrativa, por lo que se ha clasificado en corrupción propia e impropia; corrupción pasiva y corrupción activa. La primera consiste en la conducta de quien voluntariamente da o promete a un funcionario público o a un encargado del servicio público, y de quien recibe o acepta la promesa, dinero u otra cosa útil, en beneficio de sí mismo o de otro, para omitir o retardar un acto de su cargo o servicio, o para hacer un acto contrario a los deberes del cargo o del servicio, a sabiendas de esta contradicción;⁹³ la corrupción impropia, se define como la conducta de quien voluntariamente da o permite a un funcionario, encargado con calidad de empleado público, y de quien recibe o acepta la promesa de retribución, en beneficio de sí mismo o de un tercero, para realizar un acto de su cargo, o por un acto ya efectuado, sabiendo que no lo debería de hacer.⁹⁴ Por otra parte la corrupción pasiva es la abstención del funcionario de realizar un acto que es parte del ámbito de sus deberes y la corrupción activa la que se realiza cuando una persona cualquiera mediante promesas, ofertas, donaciones, presentes o

⁹² Vid., HURTADO POZO, José: "Corrupción el Caso Peruano en Pena y Estado", Buenos Aires, Editorial Luz, 1995, p. 156.

⁹³ Vid., RAINIERI, Silvio: "Manual de Derecho Penal" Tomo III, Parte Especial, Colombia, Editorial Temis, 1975, p. 269.

⁹⁴ *ibid.*, p. 268.

vías de hecho o amenazas pretende la obtención de un dictamen favorable, sumarios o estados, certificados o apreciaciones contrarias a la verdad, lugares o empleos, adjudicaciones, empresas, otros beneficios, o cualquier otro que corresponda al cargo del funcionario, agente o empleado.⁹⁵

De lo anterior podemos concluir en palabras de Rafael Abinader que la corrupción administrativa sería entonces el genérico de los delitos que se cometen en el ejercicio de un cargo público y se clasifica jurídicamente en los términos conocidos delictivamente como son: el cohecho, exacción, concusión, malversación, etc.

2.5.2 Corrupción Política.

Hablar de corrupción política implica hacer referencia a las prácticas que riñen con la ética y el bien común, las que son hábitos que persigue la sociedad civil entre los responsables de la toma de decisiones, ministros, jueces, magistrados, alcaldes, presidentes de instituciones autónomas y diputados que utilizan el ejercicio del poder en beneficio personal o particular.

De manera semejante, la corrupción política es el abuso del poder que realizan los líderes políticos para obtener ganancias, con el objeto de aumentar su poder o riqueza, ya que no es necesario el intercambio de dinero; porque toma la forma de “tráfico de influencias” o concesión de favores.

En un concepto clásico del pensamiento político, la corrupción es el abuso autoritario del poder, hasta llegar incluso a su ejercicio tiránico; en la actualidad tal sentido sigue presente en el discurso político, aunque predomine como

⁹⁵ idem.

referente a uno de los tipos de abuso del poder, el cual consiste en el enriquecimiento ilegal o ilegítimo de los políticos, como de las autoridades, que se denomina corrupción personal, o el favorecimiento ilegal o ilegítimo de las causas u organizaciones a las que están integrados aunque no se beneficien personalmente (corrupción oficial), gracias a los cargos que desempeñan o sus conexiones con quienes las tienen.⁹⁶

En un sentido mas restringido, este fenómeno puede entenderse como el aprovechamiento de un cargo o función publica en beneficio de intereses privados o particulares compartidos que forman parte de la inmoralidad política, como una desviación de la conducta de los funcionarios respecto a determinadas normas morales, y que pueden causar una desmesura, en la compra de decisiones políticas.

La corrupción política abarca un amplio espectro de delitos y actos ilícitos cometidos por líderes políticos, antes, durante o después de abandonar la función, ya que la política es un importante medio de influencia con ventajas por un lado y la coerción por otro.

2.6 Situaciones que Favorecen al Desarrollo de la Corrupción.

Las situaciones que favorecen al desarrollo de la corrupción son de diversa índole, estas atacan las bases de los sistemas democráticos y las economías de los Estados, alcanzando ámbitos importantes tanto en el sector privado como en el mismo gobierno. Dentro de estas situaciones podemos mencionar:

⁹⁶ NJAIM, Humberto: "Corrupción Política", (<http://.mercaba.org>) consulta 05-06-2005.

a) Lavado de dinero

El lavado de dinero es definido como el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio, mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas, son reciclados al circuito normal de capitales o bienes⁹⁷; es decir, que tiene como finalidad la conversión del producto monetario de una actividad ilícita de activos, que puede ser financiera o no, con un origen ilegítimo que fomenta la introducción de dinero fácil e incremento del haber de una persona que da pie a aumentar la corrupción.

En términos más estrictos se afirma que el lavado de dinero hace referencia a la actividad con la cual se invierte el dinero proveniente de una actividad ilícita, en una lícita, para tratar de ocultar el origen de ese dinero.⁹⁸

De conformidad a la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, en su Art. 4, esta consiste en “La acción de depositar, retirar, convertir o transferir fondos o bienes, para encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas”.

Es así como el lavado de dinero hace que el crimen rinda dividendos, al servirles a los criminales esconder y legitimar las ganancias procedentes de actividades ilegales. Estos fondos ilícitos les permiten financiar una variedad de hechos delictivos. Además favorece la corrupción, distorsiona la toma de decisiones económicas, agrava los males sociales y amenaza la integridad de las instituciones financieras.

⁹⁷ Vid., ESCOBAR, Raúl Tomas: “El Crimen de la Droga”, Buenos Aires, Editorial Universal, 1995, p. 381.

⁹⁸ Vid., LLOBET RODRIGUEZ, Javier: “Proceso Penal en la jurisprudencia”, Tomo I y II, San José 2001, s/p.

b) Nepotismo

La palabra nepotismo proviene del latín nepotem, que en principio significa nieto, y consiste en “La preferencia no justificada razonablemente, otorgada por un gobernante a sus parientes para el desempeño de los cargos o funciones publicas”⁹⁹.

Es también definido como “La practica viciosa de los gobernantes y políticos influyentes que subordinan los intereses públicos a los familiares, dando desmedida preferencia a los parientes para los cargos públicos, concesiones y otras prebendas, sin tener en cuenta la idoneidad”¹⁰⁰; siendo este una manifestación del abuso de poder ejercido por autoridades nominadoras, y de los representantes de entidades autónomas, y empresas del Estado con el fin de favorecer, por si o por intermedio de sus subordinados, a sus cónyuges y familiares, con cargos o empleos públicos, contratos y otros beneficios; sin respeto a los procedimientos y capacidades que exige la ley para ser otorgadas, siendo que la elección por vínculos familiares y no por meritos personales produce efectos perjudiciales para la nación y que desde nuestro punto de vista se hallan en una flagrante contradicción con el principio constitucional según el cual todos los ciudadanos tienen derecho a optar a cargos públicos de acuerdo con su merito y capacidad.

c) Crimen Organizado

Existen diversos tipos de delincuencia organizada que pueden variar según distintos factores, pero en general caracteriza este fenómeno como una serie de

⁹⁹ Vid., DE PINA VARA, Rafael: “Diccionario de Derecho, 23 ed., actualizada por Juan Pablo De Pina Vara, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 381.

¹⁰⁰ Vid., GARRONE, José Alberto: “Diccionario Jurídico”, Tomo II, 2ª ed. Ampliada, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1993, p.574.

actividades delictivas complejas que llevan a cabo a gran escala organizaciones u otros grupos estructurados y que consisten en crear, mantener y explotar el mercado de bienes y servicios ilegales, con la principal finalidad de hacer beneficios económicos y adquirir poder.¹⁰¹ Estos delitos trascienden a menudo los ámbitos nacionales, y en los que participan personajes de la vida pública y política, mediante sobornos, amenazas, intimidación y violencia.

Así mismo, el crimen organizado consiste en la participación de dos personas que, con un propósito de continuidad, se involucran en una o más actividades ilícitas.¹⁰²

Este toma diversas formas, dentro de las que podemos mencionar los actos ilícitos como: malversación, extorsión y violencia física e incluso el asesinato y mutilación. Además, se encuentra estrechamente vinculado con el tráfico ilegal de drogas y armas, información confidencial, etc.

d) Abuso de Autoridad Pública

El concepto abuso de autoridad tiende a confundirse con abuso de poder, sin embargo difieren en contenido puesto que el primero consiste en dictar resoluciones u ordenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales, o no ejecutar las leyes cuyo incumplimiento le incumbe; el abuso de poder en cambio, es el acto por el cual un funcionario o empleado publico utiliza el poder

¹⁰¹ SECRETARIA DE LAS NACIONES UNIDAS: “Séptimo Congreso de las Naciones Unidas Sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe Preparado por el Secretario de las Naciones Unidas, Milán, 26 de agosto – 6 de septiembre, 1985, s/p.

¹⁰² REZA NESTARES, Carlos: “Crimen Organizado Trasnacional”, (<http://www.uam.es>.) consulta 08-06-05.

de su cargo en perjuicio de una persona, grupo de personas o de institución, que se situó en una posición inferior a este, obteniendo algún beneficio.¹⁰³

Para Carlos Creus el abuso de autoridad es “el acto arbitrario en que el funcionario actuó más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la administración”¹⁰⁴. Produciéndose cuando un funcionario público ejerce su autoridad o sus facultades más allá de los límites que le fijen la ley o la naturaleza de las propias funciones.

En el abuso de autoridad podemos observar tres conductas típicas:

- 1) Dictar resoluciones u ordenes contrarias a las constituciones o a las leyes, para lo cual se dan dos supuestos: primero, la toma de facultad que no se encuentra prevista en las constituciones ni en las leyes que otorgan atribuciones a los funcionarios, porque expresamente ha sido prohibida o no ha sido concedida a funcionario alguno; segundo, cuando la facultad concedida por la ley al funcionario es ejecutada arbitrariamente.¹⁰⁵
- 2) Ejecución de resoluciones u ordenes; consiste en realizar material o jurídicamente el contenido de una orden, es decir, concretarla en los hechos, sobre las personas o las cosas, constituyendo un tipo relativamente autónomo, la conducta de quien ejecuta la orden o

¹⁰³ JEREZ, Aníbal: “Glosario de la corrupción y la Transparencia Latinoamericana” (<http://Probidad.org>). Consulta 08-06-2005.

¹⁰⁴ Vid., CREUS, Carlos: “Derecho Penal”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p.287.

¹⁰⁵ idem.

resolución arbitraria se automatiza de la de quien resuelve u ordena, por lo tanto, se trata de una autoría independiente.¹⁰⁶

- 3) La no ejecución de las leyes, entiende como la conducta omisiva en la no ejecución de las leyes, cuyo cumplimiento incumbe al funcionario; el abuso consiste en la decisión, de no aplicar la ley prescindiendo de ella, como si no existiera, lo que implica la inejecución de la ley como una actividad.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *ibid.*, p. 288.

¹⁰⁷ *idem.*

CAPITULO III

LEGISLACION PRIMARIA, SECUNDARIA Y TRATADOS VIGENTES EN EL SALVADOR, RELATIVOS A LA CORRUPCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

3.1 Derecho Constitucional.

En nuestro país han sido diversos los mecanismos establecidos para combatir la corrupción de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, a través de los preceptos de carácter constitucional, concernientes a la responsabilidad de los mismos, para ello se ha señalado que previamente a la toma de posesión del cargo e iniciación de labores se debe cumplir con la obligación de prestar la protesta constitucional ante la Asamblea Legislativa (Art. 131 nº 2 Cn.), que consiste en una declaración pública de carácter cívico, formal y solemne que debe rendir todo funcionario público, en la que se obliga a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanan, comprometiendo su actuación al orden jurídico.¹⁰⁸

Así mismo nuestra Constitución en su Art. 235 establece que dicha protesta consiste en la promesa solemne bajo palabra de honor de ser fiel a la Republica, cumplir y hacer cumplir la Constitución, aplicando así el régimen representativo y sustentando la tesis de responsabilidad de los funcionarios públicos, prescrita en el Art. 236 Cn., que establece que “todos los funcionarios deberán responder ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan”.

¹⁰⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS: “Diccionario Jurídico Mexicano”, México, Editorial Porrúa, 1988, p. 2625.

Igualmente el Art. 240 Cn., regula la conducta de los funcionarios y empleados públicos, que se enriquecieren a costa de la hacienda publica o municipal, disponiendo para ello de un ente fiscalizador independiente del Órgano Ejecutivo, que se denomina “Corte de Cuentas de la Republica”, la cual entre sus atribuciones tiene la de aprobar toda salida de fondos del tesoro publico, de acuerdo con el presupuesto; intervenir en todo acto que de manera directa o indirecta afecte al tesoro publico o al patrimonio del Estado; refrendar los actos y contratos relativos a la deuda publica e informar por escrito al Presidente de la Republica, a la Asamblea Legislativa y a los respectivos superiores jerárquicos de las irregularidades en el manejo de bienes y fondos sujetos a fiscalización.

3.2 Delitos Contra la Administración Publica, Relativos a la Corrupción de los Funcionarios Públicos en el Código Penal Salvadoreño y los Actos Corruptos descritos en la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Respecto de la clasificación de los delitos comúnmente, se tiene por base la diversidad del bien jurídico violado¹⁰⁹ en el caso que nos ocupa, los delitos contra la administración, determinan que la administración publica es el titular directo del bien jurídico protegido y la función publica la esfera dentro de la cual se mueven los funcionarios y empleados públicos y los delitos oficiales que estos cometen, ya que los funcionarios públicos, también se constituyen como sujeto activo de un conjunto de delitos contenidos en el Código Penal y su

¹⁰⁹ Vid., CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho Penal”, Tomo II, Parte Especial, Barcelona, Editorial Bosch, 1952, p. 5.

cualidad de funcionario solo constituye una agravante, si en la ejecución del hecho punible prevalece su carácter publico.¹¹⁰

Para el caso, el Código Penal salvadoreño tipifica en su Título XVI los “Delitos relativos a la Administración Pública”, Capítulo II “De la Corrupción”, Libro II “Parte Especial de los Delitos y sus Penas”, igualmente algunos de estos delitos son descritos como actos de corrupción en los Artículos 6 y 10 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, por lo que realizaremos una breve mención respecto del tipo penal descrito en nuestro Código y de las conductas que regula la Convención. En este sentido es necesaria la aclaración de que el capítulo relativo a la corrupción de los funcionarios públicos regulado en el Código Penal, no fue implementado en función de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por lo que varias de las conductas reguladas por la misma no forman parte de dicho Código.

3.2.1 Código Penal

Peculado

Art. 325. Pn. “El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes:

¹¹⁰ *ibid.*, p. 338.

Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años.

Cuando fuere superior a cien mil colones pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años.

Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años”.

Bien Jurídico

Son varios los bienes jurídicos comprometidos, tales como la propiedad, la seguridad de preservación de los bienes públicos, y el normal funcionamiento patrimonial de la administración; sin embargo, se sostiene que predomina la “preservación de los bienes públicos, como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado”;¹¹¹ es decir que se pune la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, y en consecuencia obviamente se despoja al Estado del poder administrador de tales bienes, impidiendo que estos cumplan su finalidad propia y legal.

Sujeto Activo

El sujeto esencial en el delito de Peculado es el funcionario público. Se trata pues de un delito propio o esencial, en el cual la cualidad del sujeto es el elemento constitutivo de las figuras; el penalista español Cuello Calón sostiene “que los sujetos de este delito pueden ser solamente funcionarios públicos, que

¹¹¹ CREUS, Carlos: “Derecho Penal”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 324.

por razón de sus funciones tienen a su cargo caudales o efectos públicos”¹¹². Por su parte el Código Penal establece como sujetos activos de este delito a las personas descritas en su Art. 39, como funcionarios, empleados públicos o encargados de un servicio público; siendo necesario para la ejecución de este delito que estos mantengan una relación con los caudales o efectos públicos, cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada, por razón de su cargo, dando ocasión a su apropiación o a la realización de un hecho delictivo,¹¹³ es por ello, que para cometer Peculado no basta que el sujeto sea funcionario o empleado público, sino que en virtud de sus funciones se encuentre encargado de la administración, recaudación, custodia o venta de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de la que en provecho personal se apropie. Caso contrario, el que se apropia de tales bienes, comete un delito contra el patrimonio y no peculado.¹¹⁴

Conducta Típica

Para algunos autores “la apropiación del Peculado es algo más que el apoderamiento del hurto: en este es la simple sustracción, pero omitiendo restituir la cosa a su verdadero poseedor”¹¹⁵.

La conducta típica del delito de Peculado la constituye la apropiación por parte del funcionario público de los objetos materiales que pertenecen a la administración pública en consentir la apropiación por otro, dando ocasión a que se cometa el hecho; así diremos que el funcionario se lo apropia cuando lo

¹¹² CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit., p. 338.

¹¹³ Vid., CREUS, Carlos: “Delitos Contra la Administración Pública”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 325.

¹¹⁴ CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit. p. 393.

¹¹⁵ LEVENE, Ricardo: “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zavalia, 1976, p. 546.

sustraer de la órbita de custodia que sobre el bien tiene el Estado que lo administra, con el ánimo de hacerlo propio o suyo.

Por otra parte se considera al Peculado como “la apropiación de la cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público a la que precisamente en razón de él, le ha sido entregada con la obligación de conservarla y restituirla”.¹¹⁶ Este tipo legal contiene la figura básica o rectora en forma de “apropiación indebida”; el verbo rector apropiarse indica una acción dirigida a las cosas o bienes materiales que pueden ser dinero, valores, especies fiscales o municipales.

En otro sentido Carlos Creus considera que la acción reprimida es la de sustraer, con lo que significa extraer o quitar los bienes de la tenencia efectiva o simbólica con que en el ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos u ordenes;¹¹⁷ sin embargo la doctrina ha insistido en darle un significado de apropiación por la impropiedad del vocablo sustraer; así mismo se ha señalado que el significado de sustracción es ambiguo, ya que, no solo indica el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también de quitarla de un lugar determinado para poder apoderarse de ella.¹¹⁸

Peculado Por Culpa

Art. 326. Pn. “El funcionario o empleado público que, por su culpa, diere ocasión a que se cometiere por otra persona el peculado de que trata el artículo anterior, será sancionado con pena de prisión de dos a tres años si el peculado

¹¹⁶ Vid., CARRARA, Francesco: “Programa de Derecho Criminal”, Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1956, p. 62.

¹¹⁷ Vid. CREUS, Carlos: “Delitos Contra la Administración Pública”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, p. 325.

¹¹⁸ Vid. CARRERA, Daniel P.: “Peculado”, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1968, p. 127.

fuere inferior o igual a cien mil colones; y con prisión de tres a cinco años si supera esta cantidad.”

En lo que se refiere al delito de Peculado por Culpa, la apropiación que se realice debe ser debida a culpa del funcionario o empleado publico, ya que solamente estos ostentan la tenencia de bienes del Estado, en el ejercicio publico y por razones adscritas a el¹¹⁹. Quiere decir que solo puede ser cometido por el encargado de servicio publico, quien dispone y maneja estos bienes en ejercicio de su empleo, “se trata de un comportamiento culposo, ya que no se da con ocasión voluntaria”¹²⁰ para que otro se apropie del objeto material, pero el sujeto activo infringe su deber publico de vigilancia y custodia de lo a el encomendado, por abandono o cumplimiento descuidado, lo que se considera como falta de cautela, dando lugar a la apropiación por parte de otro.

Así pues, el extravió, la perdida o daño de los caudales, bajo tutela o administración del funcionario, se deberá a negligencia, imprudencia o impericia, y estará colocado en el terreno culposo.

Conclusión

Art. 327 Pn.- “El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.”

¹¹⁹ FERREIRA DELGADO, Francisco José: “Delitos Contra la Administración Publica”, 2ª ed., Colombia, Editorial Temis, 1985, p. 48.

¹²⁰ RUEDA, Luís: “Código Penal Comentado”, El Salvador, Editorial Justicia de Paz, 1999, p.814.

Bien Jurídico

La Concusión es un delito contra la administración pública, ya que ataca a la administración del Estado, siendo un delito complejo que se compone de dos actos distintos: el abuso de poder que es el medio, y la sustracción de dinero que es el fin, en este mismo sentido Sebastián Soler opina que “afecta el normal orden y desenvolvimiento de los órganos del Estado y la pureza en la actuación de la administración”¹²¹, además, de afectar la libertad del ciudadano en el ámbito patrimonial, para que esta quede ilesa en su relación con los órganos de la administración pública,¹²²

La doctrina suele dividir la Concusión en propia e impropia, siendo la concusión propia la ejercida por el sujeto dotado de autoridad y la concusión impropia, la cometida por un particular. A su vez la concusión propia puede ser explícita e implícita, la primera consiste en la exacción lograda venciendo la voluntad de un sujeto mediante la coacción, por parte del funcionario, ejerciendo así una amenaza abierta a través de un acto de autoridad y la segunda en la inducción que realiza el funcionario hacia un tercero, para que este de sí ofrezca la dádiva.¹²³ Nuestro Código solo contempla la figura de concusión propia y de forma explícita, pues el sujeto activo solo puede ser el funcionario o empleado público.

¹²¹ SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, Tomo V, Buenos Aires, Editorial Tea, 1951, p. 100.

¹²² Vid. MAGGIORE, Giuseppe: “Derecho Penal”, Parte Especial, Colombia, Editorial Temis, 1985, p. 182.

¹²³ FERREIRA DELGADO, Francisco José: “Delitos...”, Op. Cit., p. 63.

Sujeto Activo

En nuestro Código para que el delito de Concusión se configure es imprescindible que el sujeto activo sea un funcionario o empleado publico, agente de autoridad o autoridad publica; además es necesario que estos actúen abusando de su calidad o de sus funciones publicas y obren fuera del limite impuesto a sus funciones. Por su parte Enrique Ramos, afirma que “La Concusión es una extorsión cumplida por quien es funcionario, pues su modo de obrar es el abuso de su autoridad, que solo quien lo es puede realizarla”¹²⁴.

Igualmente se afirma que “La concusión es un delito propio del funcionario, el cual realiza una acción psicológica, pues el agente obliga a su victima a realizar actos que no haría si aquel no abusara del poder funcional para lograrlo”¹²⁵

Conducta Típica

La conducta típica del delito de Concusión, consiste en el abuso de las funciones que realiza el sujeto activo para obligar a otro a dar o prometer ha el o a otro: dadiva, dinero o utilidad lucrativa, siendo este su objeto material. Dar, porque el autor espera que se le entregue inmediatamente la dadiva; y Prometer, es porque se contenta con la expresión oral o escrita de obligarse a hacer, decir o hacer alguna cosa.¹²⁶ Este no solo consiste en el abuso de su cargo sino también de la investidura como de la función que ella envuelve.

El elemento de poder en la Concusión se da por parte del sujeto activo, quien le exige a su victima una dadiva a cambio de un acto funcional extralimitado pero

¹²⁴ RAMOS MEJIA, Enrique: “El Delito de Concusión”, Buenos Aires, Editorial Roque de Palma, 1963, p. 13.

¹²⁵ FERREIRA DELGADO, Francisco José: “Delitos...”, Op. Cit., p. 63.

¹²⁶ *ibid.*, p.71.

facilitado por su investidura, la cual empleara en contra de la víctima, si esta no da u ofrece la dádiva.¹²⁷ Por tanto, el comportamiento sancionado es del sujeto activo quien obliga y vence la voluntad contraria del sujeto pasivo mediante el abuso de su calidad, dirigiendo la obligación hacia un comportamiento de actividad lucrativa.

Negociaciones Ilícitas

Art. 328 Pn. “El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de sumáximo.

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de

¹²⁷ *ibid.*, p. 67.

cualquiera otra actuación legal interviniera en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.”

Bien Jurídico

Generalmente el bien jurídico tutelado por este tipo penal es la administración pública y en sentido amplio el interés que tiene el Estado en el fiel desempeño de las funciones de la administración, específicamente en la lealtad de los funcionarios y empleados del Estado, expuesta a través de su prescindencia e imparcialidad.¹²⁸

Sujeto Activo

El funcionario o empleado público que actué en los términos o modalidades establecidos en el Art. 328 Inc. 1º y 2º Pn., así como los profesionales que intervengan en la negociación por razón de su oficio y todo aquel que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniera en rendición de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos. Es de esa forma que la actividad puede ser cumplida por partícipe; pero autor es el funcionario que tiene un interés personal, no siendo necesario su participación directa.

Conducta Típica

Doctrinariamente, en este delito la conducta punible es el interés mostrado por el funcionario o empleado público en todo contrato u operación que implique una negociación e intervenga en ellos mostrando un interés propio y particular por lo que no solo se sitúa como un funcionario, sino conjuntamente como

¹²⁸ Vid. FONTAN BALESTRA, Carlos: “Derecho Penal”, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1980, p. 867.

particular interesado en una determinada actuación o decisión de la administración pública.¹²⁹ En este sentido “La acción consiste pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación, contrato u operación, como interesado y como órgano del Estado, así la negociación en la que el funcionario intervenga debe guardar vinculación con la esfera de su competencia funcional, de manera que su intervención sea en tal calidad cuando actué en el trato”.¹³⁰

Respecto los sujetos descritos en el Art. 328 Inc. 3º Pn., los cuales sin revestir el carácter de funcionario públicos, realicen actos en que intervinieren por razón de su oficio en la administración pública cuando esta lo requiera, no obstante su carácter temporal, la función que cumplen es la de garantizar la seguridad del Estado por medio de la gestión que ellos desempeñen, lo que puede dar lugar al aprovechamiento de tal circunstancia para facilitar su propio beneficio o el de un tercero, de ahí la punibilidad que reviste su conducta.

Exacciones Ilegales

Art. 329 Pn. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que prevaliéndose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que supiere no es legal o aun siendo legal, empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización

¹²⁹ CREUS, Carlos: “Derecho...”, Op. Cit. p. 371.

¹³⁰ SOLER, Sebastián: “Derecho...”, Op. Cit. p. 189.

legítima, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Bien Jurídico

El delito de exacción afecta el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de los órganos de la administración pública así como el patrimonio del particular que ha sido víctima del cobro ilegal de tasas, derechos y contribuciones, o cualquier otra prestación ilegal o que siendo legal fuere cobrada por medios vejatorios que la ley no autoriza, un elemento característico de este delito es que siempre existe un particular perjudicado.

Sujeto Activo

El autor de este delito debe ser un funcionario público que abusando de su cargo y prevaliéndose de ello, requiera algo a lo que no tiene derecho, para beneficiar al Estado, cuando se trata de una contribución o derecho;¹³¹ el sujeto activo tiene pues, que plantear sus exigencias actuando en el carácter que lo enviste dentro de la administración pública. La doctrina, exige como característica del autor, que se trate de un funcionario público, dentro de cuya competencia quedan comprendidas las facultades de exigir, hacer pagar o entregar; pero siendo la exacción un abuso de autoridad, bastara que el sujeto actué en función de autoridad, invocando esa calidad, expresa o tácitamente, y que dicha calidad exista, aunque la función invocada no implique en absoluto la facultad de exigir suma alguna. Así cualquier funcionario público tiene la posibilidad de ser autor del delito, aunque carezca de competencia funcional para exigir o recibir valores.¹³²

¹³¹ FONTAN BALESTRA, Carlos: "Derecho...", Op. Cit. p. 584.

¹³² SOLER, Sebastián: "Derecho...", Op. Cit. p. 197.

Conducta Típica

El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria; pero esa exigencia se condiciona típicamente a que se pide para la administración,¹³³ por lo tanto, el funcionario publico exige o reclama indebidamente, prevaliéndose de su cargo o condición tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que supiere no es legal y que siendo legal, emplee para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice. En palabras de Ramos Mejía “la acción típica del delito consiste en exigir lo que significa reclamar o demandar; pero no exige el que solicita, sino el que demanda imperiosamente.”¹³⁴

Cohecho Propio

Art. 330 C. Pn. – “El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.”

Bien Jurídico

El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la corrupción es la administración publica; así también la integridad y lealtad del funcionario al

¹³³ CREUS, Carlos: “Delitos...”, Op. Cit. p. 341.

¹³⁴ RAMOS MEJIA, Enrique: “Delitos...”, Op. Cit. p.65.

Estado y el cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuestos por razón del ejercicio del cargo; ya que su voluntad puede verse impulsada a incumplir sus deberes oficiales no solo por dinero o cosas sino también por la obtención de servicios, provechos o ventajas de distinta naturaleza, incluidas mejoras profesionales y personales.¹³⁵ Sin embargo, debe aclararse que existe un deber de corresponder a la confianza depositada en ellos, que no debe ser vista como un fin, sino mas bien, como un medio puesto al servicio de la eficacia de la actuación de la administración; es por ello, que el funcionario publico se considera el principal responsable de la marcha normal de la administración, la cual sufre de ineficacia, solo por el hecho de la aceptación por parte de los funcionarios públicos de “presentes” ofrecidos por parte del particular, en consideración de la calidad investida por aquel.¹³⁶

Sujeto Activo

El delito requiere que el sujeto activo desempeñe funciones publicas, que tenga relación con el cumplimiento de los deberes propios de su cargo; pero valiéndose de ese desempeño realice actos contrarios a sus deberes o no los lleve a cabo y en el peor de los casos retarde un acto debido con el fin único de recibir dadas, presentes o promesas por parte de los particulares.¹³⁷ Esta acción de recibir o aceptar, puede realizarla el funcionario por si o por persona interpuesta, es decir, personalmente o por tercero, que aparezca como falso destinatario de lo ofrecido o prometido.

¹³⁵ Vid. CONSEJO GENERAL JUDICIAL DEL PODER ESPAÑOL: “Delitos de los Funcionarios Públicos”, Madrid, Editorial Solana e Hijos, 1994, p. 143.

¹³⁶ CREUS, Carlos: “Delitos...”, Op. Cit., p.303.

¹³⁷ CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit., p. 583.

Conducta Típica

En la conducta típica se señalan dos verbos rectores, como son el de recibir o aceptar la remuneración por parte del funcionario o empleado publico. Recibir es la acción pasiva, respecto de quien da o entrega el bien, la dadiva o utilidad.

El funcionario, en ejercicio de sus funciones, toma la dadiva o el dinero que se le ofrece como contraprestación a la venta de funciones que ha convenido, “la sola oferta aceptada consume el delito, sin necesidad de que el empleado oficial cumpla su parte del contrato”¹³⁸. Para la configuración de este delito, debe observarse la existencia de los siguientes elementos:

- 1) Que el funcionario o persona que desempeña la función publica, solicite o reciba, por si o por persona intermedia, dadiva o presente, o acepte ofrecimiento o promesa; en este caso es condición precisa que el funcionario haya conocido y aceptado el pacto, que haya intervenido como parte y aceptado la dadiva u ofrecimientos hechos por conducto de otros;
- 2) Que el acto ejecutado o que haya de ejecutar el funcionario sea relativo al ejercicio de su cargo;
- 3) Que dicho acto constituya delito, siendo indiferente que este llegue o no a consumarse;

¹³⁸ FERREIRA DELGADO, Francisco: “Delitos ...”, Op. Cit. p.90.

- 4) Que exista una intención delictuosa, constituida por la conciencia en el funcionario de que el acto ejecutado de su función o en relación con ella.¹³⁹

Cohecho Impropio

Art. 331 Pn. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

En este tipo de delito es necesaria la aceptación de dinero o dádivas a cambio de la promesa del funcionario, aun cuando se cumple con los actos oficiales debidos por este. El recibir dinero o dádivas es un cohecho, y su pago es debido al deseo de una celeridad en la prestación de la función correspondiente.¹⁴⁰

En lo relativo al contenido de la conducta afectada por la corrupción en este precepto se ha dicho "se trata de la retribución de un acto propio de las funciones del sujeto activo"¹⁴¹ ya sea que tenga que realizarlo en el futuro, o que lo haya realizado con anterioridad, a diferencia del cohecho propio en que el funcionario recibe la dádiva o promesa de retribución para realizar un acto indebido o contrario a sus funciones o para retardar un acto debido, propio de

¹³⁹ CUELLO CALON, Eugenio: "Derecho...", Op. Cit. p.p. 384 y 385.

¹⁴⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco José: "El Delito..." Op. Cit., p. 94.

¹⁴¹ RUEDA, Luis: "Codigo...", Op. Cit. p.825.

sus funciones. Este delito se encuentra constituido por los siguientes elementos:

- 1) Por el hecho de admitir regalos;
- 2) Que los regalos sean presentados al funcionario en consideración a su oficio;
- 3) Intención delictuosa constituida por la conciencia en el funcionario de que las dadas le son presentadas en consideración a su oficio o para que el ejecute un acto justo que no debe ser retribuido.¹⁴²

Malversación

Art. 332.C Pn.- “El funcionario o empleado público, que diere a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquélla a la que estuvieren legalmente destinados, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.

Si del hecho resultare algún provecho personal para sí o para un tercero, la sanción será de uno a tres años de prisión inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.”

Bien Jurídico

Se ha entendido que el bien jurídico protegido en el delito de malversación, reside en la infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario para con

¹⁴² CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit. p. 385.

la administración, opinión contraria sostiene que el bien jurídico protegido consiste “en el acervo publico y el servicio que los poderes públicos deben prestar a la comunidad, el cual podría verse impedido o mermado por la sustracción o distracción de fondos destinados a aquellos fines”¹⁴³. El Estado para prestar los servicios de carácter obligatorio requiere de un patrimonio y de empleados públicos que atiendan dichos servicios y que administren en su nombre la fortuna de todos.¹⁴⁴

Sujeto Activo

Sujetos de este delito son solamente los funcionarios que por razón de sus funciones tienen a su cargo caudales o efectos públicos, y que pertenecen a los cuadros administrativos o de quien, accidentalmente, asuma ese carácter, pero para administrar bienes públicos.¹⁴⁵

Conducta Típica

La acción típica es la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor, una aplicación diferente a aquella a la que estuvieren destinados y se encuentra constituida por la violación a la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo y por el abuso de la confianza públicamente en el depositada.¹⁴⁶

¹⁴³ ORTS BERENQUER, Enrique “Derecho Penal Parte Especial, Mexico, Tirant lo Blanch, 1990, p.274.

¹⁴⁴ Vid. GROIZARD, Alejandro y GOMEZ de la Serna: “Código Concordado y Comentado”, Salamanca, Ediciones Gálvez, 1891, p. 259.

¹⁴⁵ CREUS, Carlos: “Delitos...”, Op. Cit. p. 318; CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit. p.385.

¹⁴⁶ CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...” Op. Cit. p. 391.

Enriquecimiento Ilícito

Art. 333 Pn. El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

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

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

Bien Jurídico

El bien jurídico protegido en este tipo de delito es el patrimonio de la administración pública, ya que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales, prevaliéndose de la condición de funcionario.¹⁴⁷

Sujeto Activo

El autor de este delito puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de los ramos de la administración, ya sea como funcionario o empleado público.

¹⁴⁷ CREUS, Carlos: "Delitos...", Op. Cit. p. 417.

Conducta Típica

La acción típica consiste en la no justificación que alude a la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento patrimonial apreciable del sujeto activo; sin embargo lo que se castiga es el hecho de enriquecerse ilícitamente y que la no justificación es una condición de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad.¹⁴⁸ Por lo que estamos en presencia de un delito complejo, que requiere el acto positivo de haber enriquecido apreciablemente, y el negativo de no justificar la procedencia de su enriquecimiento.

Infidelidad en la Custodia de Registros o Documentos Públicos.

Art. 334 Pn. “Será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo, el funcionario o empleado público que:

- 1) Sustrajere, destruyere, ocultare o inutilizare registros o documentos que le estuvieren confiados por razón de su cargo;
- 2) Destruyere o inutilizare los medios establecidos para impedir el acceso que ha sido restringido por autoridad competente, respecto de registros o documentos públicos, o consiente su destrucción o inutilización; y,
- 3) Accediere o permitiere que otro lo hiciera a registros o documentos clausurados, cuya custodia le estuviere encomendada por razón de su cargo o empleo. Igual sanción se aplicará al notario que destruyere, ocultare o inutilizare

¹⁴⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos: “Derecho...” Op. Cit., p. 323.

su libro de protocolo.”

Bien Jurídico

El bien jurídico protegido es la correcta prestación por la administración de sus servicios a los ciudadanos, la cual depende en la mayoría de casos, de soportes documentales para el adecuado desenvolvimiento de la función pública de la cual es esencial su correcta conservación, custodia y régimen de acceso y utilización.¹⁴⁹

Sujeto Activo

Los Sujetos de este delito son los funcionarios públicos a quienes por razón de su cargo, función o empleo, les estuvieran confiados los documentos sustraídos, destruidos u ocultados, o inutilizare registros. Aquí están comprendidos los Notarios que destruyeran u ocultaren su libro de protocolo.¹⁵⁰

Conducta Típica

Este tipo penal se configura con la observancia de los siguientes elementos:

- 1) Un hecho de sustracción, destrucción u ocultación de documentos o registros. La sustracción supone apropiación y sacar la cosa de la esfera de custodia, no bastando la simple remoción¹⁵¹. La destrucción equivale a su aniquilamiento e inutilización, no es preciso que sea completa; hay ocultación, cuando los documentos no se entregan a

¹⁴⁹ Vid. SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, Tomo V, Buenos Aires, Ediciones Depalma p. 88.; RUEDA, Luís: “Código...”, Op. Cit., p. 829.

¹⁵⁰ Vid. CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho...”, Op. Cit., p. 355; *ibid.*, p. 830.

¹⁵¹ *ibid.*, p. 356. ODERINGO, Mario A: “Código Penal Anotado”, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1946, p. 366.

su destino, sin que sea preciso que se oculten en un lugar recóndito o de difícil hallazgo.

- 2) Los documentos o registros han de estar confiados al funcionario por razón de su cargo;
- 3) Que el funcionario público cause daño o intente causarlo, aun cuando no sea grave a tercera persona o a la causa pública;
- 4) Intención delictuosa, para la existencia del delito es preciso que haya o pueda, presumirse voluntad o malicia en el hecho, y que la ocultación sea intencionada por lo que el funcionario debe ser conciente de que los documentos o registros en cuestión le estaban confiados por razón de su cargo, pero además debe existir voluntad para sustraerlos, destruirlos u ocultarlos.¹⁵²

3.2.2 Convención Interamericana Contra la Corrupción

De igual manera la Convención Interamericana contra la Corrupción, regula una serie de actos corruptos que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, como los que a continuación mencionamos:

El Enriquecimiento Ilícito, conducta que se encuentra contenida en el Art. 9 CICC como “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por el”.

¹⁵² *ibid.* , p. 356.

De igual forma describe la conducta ilícita de Malversación en el literal d) del Art. 6 CICC, que reconoce este delito como “La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

El Cohecho Impropio, se encuentra referido en el Art. 6 literal a) CICC como “El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

El tipo penal descrito como Cohecho Propio se compara a la conducta ilícita descrita en el literal c) del Art. 6 CICC como “la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”.

Igualmente el Art. 6 literal b) CICC describe como acto de corrupción “El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”. Esta conducta es conocida en nuestro país como Cohecho Activo tipificado en Art. 335 Pn.

Así mismo, señala la convención en el literal “d y e” que “el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”; serán considerados actos de corrupción, por lo tanto, los que hayan participado como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos serán sancionados. La legislación secundaria regula este tipo de conducta pero en un apartado especial que será visto como un “Concurso de Delitos” Art. 40 Pn. y siguientes, por una parte y las personas que se vean involucradas con dichos actos se les aplicara sanción como “Autores o Participes” Art. 32 y siguientes.

Por otra parte el Artículo VIII de la Convención contempla la conducta ilícita denominada “Soborno Transnacional”, la cual consiste en el acto de ofrecer y otorgar a un funcionario público de otro Estado, por parte de sus nacionales, o personas o empresas que tengan residencia habitual en su territorio dinero u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial relacionados con una transacción transnacional. Para la legislación salvadoreña esta conducta no se encuentra prevista, por lo que se realiza un llamado para incorporarla.

Otra recomendación que realiza la Convención a los Estados partes en su Art. 11, para lograr los objetivos planteados, es que se obliguen, en la tipificación de las siguientes conductas:

Literal “a” menciona “El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha

tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada”. La conducta descrita no se encuentra prevista en la legislación interna.

Por otra parte, el literal “b” regula “El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada”, esta figura es conocida como “Peculado” en la que existe una apropiación de bienes del Estado por el cargo que desempeña.

Así mismo, se realiza la descripción de otra conducta en su literal “c” como “Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado”; dicha conducta no se encuentra tipificada en el código penal.

Sin embargo, estas normativas resultan insuficientes e ineficaces para perseguir y sancionar con firmeza a los actos de corrupción cometidos por los funcionarios públicos inescrupulosos.

3.3 Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos.

En cumplimiento al Art. 240 Cn., se instaura la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, la cual guarda estrecha relación con el tema en estudio.

En virtud de ello la abordaremos indicando la existencia de un ente que es el encargado de velar por el cumplimiento de la misma, que se denomina “Sección de Probidad”, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, cuyo objeto principal es la prevención, detección y sanción al enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos; tal objeto no se desprende de la norma objetiva, sino mas bien, de las directrices establecidas a lo largo de la ley, que en nuestra opinión por datar del año de 1959 se ha vuelto obsoleta para la represión del enriquecimiento ilícito; siendo necesaria la creación de un cuerpo legal que reprima este delito y no las pocas reformas insustanciales que la ley en mención sufrió hasta el año de 1992.

Sin embargo ante la inexistencia de iniciativa para su actualización, abordaremos un breve estudio de la normativa vigente. Así la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, establece en su Art. 5 la obligación de rendir una declaración patrimonial ante la “Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia” a los siguientes funcionarios y empleados públicos:

- 1) Los Presidentes de los tres Órganos del Estado;
- 2) El Vice-Presidente de la República, cuando no desempeñe otro cargo

que le obligue a presentar declaración conforme a esta Ley;

3) Los Diputados a la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, propietarios y suplentes;

4) Los Ministros y Viceministros de Estado;

5) Los Secretarios de la Presidencia de la República;

6) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, propietarios y suplentes;

7) Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura;

8) Los Jefes de las Misiones Diplomáticas, los Funcionarios de las mismas y los Cónsules de la República, excepto los Ad-Honores;

9) El Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República;

10) El Fiscal General de la República y Fiscales Adjuntos;

11) El Procurador General de la República y Procuradores Adjuntos;

12) El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y Procuradores Adjuntos;

13) El Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, propietarios y suplentes;

14) Los Directores y Subdirectores Generales;

15) Delegados y sub-delegados;

16) Los Presidentes, Directores y Gerentes de las Instituciones Oficiales Autónomas;

17) El Rector y Vice-rector de la Universidad de El Salvador, y Decanos de las distintas Facultades de ésta;

18) Los Miembros del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y los Peritos o Auditores Fiscales de la Dirección General de Impuestos Internos;

19) Los Administradores y Contadores Vista del Servicio de Aduanas;

20) Los Administradores de Rentas Departamentales;

21) Los Miembros de los Concejos Municipales;

22) Los Comandantes de Unidades Militares Superiores, Jefes de las mismas y Oficiales que desempeñen Funciones Administrativas de los mismos niveles y que manejen fondos del Estado;

23) Todos los funcionarios y empleados públicos, incluidos municipales, de Instituciones Oficiales Autónomas, de la Universidad de El Salvador y del Servicio Exterior, que manejen o intervengan en el manejo de fondos públicos o municipales o fondos particulares encomendados o administrados por el Estado, con excepción de aquellos que manejen o

intervengan en el manejo de fondos cuyo monto mensual no sea mayor de mil colones promedio y de aquellos que desempeñen cargos Ad-Honores en entidades oficiales autónomas de utilidad pública o Asistencia Social;

24) Los demás funcionarios o empleados públicos, que sin estar comprendidos en los anteriores ordinales, pero estando contemplados en los artículos uno y dos de esta Ley, fueren requeridos por la Corte Suprema de Justicia directamente o por medio de la Sección de Probidad.

Para dar cumplimiento a dicha obligación el Art. 3 de la Ley, regula que los funcionarios antes mencionados, deberán rendir por escrito una declaración patrimonial en el plazo de sesenta días después de su nombramiento; así como también, declarar el estado de su patrimonio dentro de los siguientes sesenta días siguientes a partir de la fecha en que cesen en el ejercicio de sus respectivos cargos; cuestión que genera problemática en la verificación del enriquecimiento ilícito, pues existen funcionarios y empleados públicos que ostentan su cargo por periodos prolongados que aun no finalizan, por lo que no permiten un control sobre su acervo patrimonial.

Ante este problema la Sección de Probidad realizó un anteproyecto de Ley de Probidad, su propuesta regula en su Art. 26 la obligación a los servidores públicos a presentar declaración dentro de los sesenta días siguientes a la toma de posesión del cargo; la finalización de todo año calendario, finalización de sus funciones o a la recepción del requerimiento que le haga la Sección;¹⁵³ pero en vista de que desde el año de 1999 dicho anteproyecto fue presentado y hasta la

¹⁵³ Vid. PROBIDAD, Corte Suprema de Justicia: "Anteproyecto de Ley de Probidad", El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 19.

fecha no ha sido aprobado, la Sección ha implementado la declaración jurada de actualización, que no obstante no encontrarse normada permite conocer el estado actual del patrimonio de los funcionarios y empleados públicos a los que alude el Art. 5 de la Ley.

Cuando existe una falta de declaración patrimonial por parte de los funcionarios y empleados públicos la ley impone una serie de sanciones, las cuales establece en su Título V, que van desde la imposición de multas hasta la cesación del cargo de los mismos; exceptuándose los funcionarios de elección popular y los elegidos por votación nominal y publica de la Asamblea Legislativa, quienes únicamente incurrirán en una multa de quinientos a diez mil colones; dichas multas serán impuestas atendiendo a lo establecido por la Ley de Procedimientos para la Imposición de Arresto o Multa Administrativa, las que según el Art. 19 Inc. 3 de la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, se determinaran tomando en cuenta la categoría del funcionario o empleado publico. A nuestro criterio dichas multas no responden a la función sancionadora que se pretende imponer puesto que si atendemos a la jerarquía funcional, las multas no implican un medio de coerción por no ser significativas pecuniariamente para algunos funcionarios.

Sobre el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos diremos en cuanto a la presunción de su existencia, se deberán de tomar en cuenta los aspectos establecidos en el Art. 7 L.S.E.I:

- 1) Sus condiciones personales;
- 2) La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios;

- 3) La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento.¹⁵⁴

No obstante lo anterior y retomando las palabras del Ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Jorge Eduardo Tenorio, en su discurso pronunciado sobre el papel de la Organización de los Estados Americanos en la lucha contra la corrupción, hace un llamado por el fortalecimiento de las instituciones de control en el país; poniendo como ejemplo el caso de la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia que califica como “Una especie de closet medio abandonadito que tenemos por ahí”¹⁵⁵ considerando que si bien es cierto hasta ahora la “Sección de Probidad” no ha fungido un papel importante en el estancamiento de la corrupción, no podemos olvidar que la ley por la cual se rige carece de las herramientas legales para cumplir con el objeto a que hacemos referencia en el preámbulo de este apartado, el cual es prevenir, detectar y sancionar; limitando de esta forma a la Sección de Probidad en un ente recopilador de información del incremento patrimonial de los funcionarios, aunado a ello los hechos recientes, del 9 de junio del año 2005, en los que a través de acuerdo de la Corte Plena, se recortó facultades a la sección de probidad en el tema de informes financieros, para que los asuma la Corte en Pleno y sean canalizados por el presidente de la misma basándose en los artículos 201 y 236 de la Ley de Bancos.

En esta reunión, la Corte en pleno aprobó que la sección de probidad ya no tuviera oficialmente el derecho de pedir informes a los bancos, ya que sería la misma Corte la que los pediría. Esto ha suscitado opiniones encontradas por algunos miembros de la misma Corte Plena, debido a que estas facultades le

¹⁵⁴ *ibid.*, p. 8.

¹⁵⁵ Vid. TENORIO, Jorge Eduardo: “La Hora de la Justicia”, El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999, p. 85.

son concedidas a la Sección de Probidad, por la Constitución de la Republica en su Artículo 240 y por la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos en su Artículo 27, ejercidas por la Sección desde el año de 1959 y puestas en marcha en el año de 1992, luego de los Acuerdos de Paz.

También encontramos en la ley, un apartado sobre la conducta de los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieran a costa de la hacienda publica o municipal, que en nuestra opinión posee un contenido arbitrario en cuanto a la denuncia que realiza el particular por las desventajas que le produce; y su forma de sancionar que concede impunidad al funcionario publico de elección popular y los elegidos por votación nominal. En la actualidad dicho procedimiento también se encuentra regulado como la figura penal del enriquecimiento ilícito en el código penal salvadoreño.

Resulta evidente que la normativa anticorrupción existente en El Salvador, es insuficiente pese a la innovación de las conductas ilícitas propias de los funcionarios públicos que contempla la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ya que luego de llevar a cabo una correlación entre ambas, encontramos que muchas de las conductas reguladas por la Convención aun no han sido incorporadas en el Código Penal y otras se encuentran dispersas en el cuerpo legal, cuando deberían formar parte de un mismo capitulo. Por otra parte aun no se crea una ley y un ente exclusivo que desarrolle de una forma practica los postulados enunciados en la Convención Interamericana contra la Corrupción , lo que la convierte en una mera manifestación retórica del Estado contra la corrupción con el fin de alcanzar gracia frente a los Estados parte.

CAPITULO IV

OBSTACULOS CON LOS QUE CUENTA LA JUSTICIA PARA COMBATIR LA CORRUPCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

4.1 Falta de Voluntad Política.

La Voluntad política es el punto de partida esencial para el logro de estrategias y programas estables y efectivos en la lucha contra la corrupción. El concepto de voluntad política se refiere al “intento confiable y comparado de los agentes políticos de atacar a nivel sistémico las causas y los efectos de la corrupción”¹⁵⁶ Ante esta falta, los objetivos gubernamentales de reforma hacia los servicios públicos, mejoramiento de la transparencia, atribución de responsabilidad y reestructuración de la relación entre el gobierno y el sector privado, constituyen simples manifestaciones retóricas. Por lo tanto, no hay iniciativa que admita la presunción de existencia o ausencia de voluntad política, ya que simplemente se manifiesta en la medida que las iniciativas de reformas resultan participativas e incorporan una variedad de agentes políticos y a la propia sociedad civil. Es por ello, que la carencia de voluntad política, es uno de los principales obstáculos en la promoción y cumplimiento de estrategias anticorrupción en el país, y es que no debe sorprendernos la falta de voluntad política en un país, donde se considera que los puestos políticos son el camino mas rápido para adquirir riqueza personal. Esto se proyecta en el desuso, de iniciativa de ley que poseen determinados funcionarios públicos (Art. 133 Cn.) para la creación de

¹⁵⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: “La Corrupción, iniciativas para mejorar la integridad en los países en desarrollo”, Editorial PNUD, Alemania, 1998, p. 92.

una ley que de cumplimiento a los principios normativos establecidos por la CICC.

4.2 Inmunidades.

La Ley Penal se aplica en principio a todos por igual; sin embargo, la igualdad ante la ley, no es absoluta en el ordenamiento jurídico penal, ya que como producto de normas constitucionales y de tratados internacionales, les han sido concedidas ciertas excepciones, que son privilegios o inmunidades que determinan un límite en la aplicación de la ley penal, respecto de ciertas personas. Dichas excepciones están fijadas en base al Art. 236 y 239 Cn.

Por lo tanto es necesario distinguir, para tales efectos las exenciones jurisdiccionales (inviolabilidad), que son privilegios de naturaleza sustantiva que garantizan la *“irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*¹⁵⁷, de los aforamientos (inmunidades), que constituyen un conjunto de prerrogativas otorgadas a determinados funcionarios públicos en *razón de la función que ejercen*, bajo la cual amparan los importantes cometidos, alegando sus privilegios como medios de defensa y de impedimento para el accionar de la justicia; en este contexto ha sido discutida la utilidad de dicho instrumento para garantizar la impunidad de personajes políticos seriamente cuestionados por actividades ilícitas.

La justificación para la concesión de las inmunidades es diferente respecto de los funcionarios de quienes se les otorga. A continuación estudiaremos lo

¹⁵⁷ CASADO PEREZ, José María, DURAN RAMÍREZ, Juan Antonio, DURO VENTURA, Cesáreo, MARO COS, José Manuel, SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y CEOANE SPIEGELBERG, José Luis, “Código Procesal Penal Comentado”, Tomo II, actualizada y anotada por Martín Rogel Zepeda, Miguel Antonio Méndez Palomo, Rigoberto Chicas, Rigoberto Astul Aragón Martínez, San Salvador, Imprenta Nacional, 2004, p.1558.

relativo a las inmunidades diplomáticas y parlamentarias; pero antes, es necesario aclarar que no son privilegios orientados en beneficio del funcionario o en razón de la persona¹⁵⁸. En el caso de las inmunidades diplomáticas, la Republica de El Salvador ha ratificado diversos instrumentos internacionales, como es la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de la ONU (1946), que señala en su Art. 14 que “las inmunidades son concedidas no para el provecho del funcionario, sino para garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones en relación con las Naciones Unidas. En este mismo sentido, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, y también la Convención de Viena sobre Relaciones, Privilegios e Inmunidades Consulares (1961 y 1963) establece que las inmunidades no se conceden para el beneficio de los funcionarios, sino para garantizar el desempeño de las funciones diplomáticas.¹⁵⁹

En cuanto a las inmunidades parlamentarias estas son concedidas a los parlamentarios o diputados, y se fundamentan en razones de buen gobierno, y es reconocida por la Constitución de la Republica a los diputados que conforman la Asamblea Legislativa. Su justificación se basa en la independencia del Órgano Legislativo frente a otros órganos; para asegurar que no exista injerencia y presiones sobre las decisiones que tomen esta categoría de funcionarios en ejercicio de su cargo.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Vid., SANCHEZ, Antonio Benito, “Las Inmunidades Diplomáticas”, Revista Justicia de Paz N° 6 (Mayo- Agosto), Volumen II, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990, pp. 19-26.

¹⁵⁹ Vid., Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, “Documentos y Notas sobre Privilegios e Inmunidades con Referencia Especial a la Organización de los Estados Americanos”, Washington, 1968, s/p.

¹⁶⁰ Vid., PIZSK FEINZILBERK, Sandra y otros: “Inmunidad Parlamentaria”, Inversiones Benzoni Fuentes, Costa Rica, 1995, Pág. 17

4.2.1 Fuero Especial del que gozan los Funcionarios Públicos.

El tratadista Coronado define el fuero constitucional como “la excepción hecha a favor de los altos funcionarios para que no se les sujete a juicio”, es decir que debe preceder la declaratoria correspondiente por parte de la Corte Suprema de Justicia o en su caso la Asamblea Legislativa para que se juzgue.

Hemos ubicado al privilegio constitucional, como un obstáculo para combatir la corrupción, no con el ánimo de criticarlo, en si, sino más bien a la forma en que se ha desnaturalizado, siendo que en la práctica se ha convertido en un medio que facilita la impunidad.

Iniciaremos diciendo que una de las razones del porque los mas altos funcionarios del Estado gozan del fuero especial para el juzgamiento de los delitos, es porque siendo algunos máximas autoridades elegidas por el pueblo; es lógico que sus jueces sean las mas altas autoridades, representados por la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia (Art. 236 Cn.).

Dentro del rubro que conocemos de los altos funcionarios, podemos encontrar a los diputados de la Asamblea Legislativa, quienes gozan de este privilegio constitucional, establecido en el Art. 238 Cn., que regula “no podrán ser juzgados por los delitos graves, menos graves y faltas que cometan desde el día de su elección hasta el fin del periodo para el que fueron elegidos”, exceptuándose a esta regla el diputado que fuere sorprendido en flagrante delito (Art. 238 inc. 3 Cn. y 390 Pr. Pn.)

Este fuero doctrinariamente se divide en: inmunidad e inviolabilidad parlamentaria; la inmunidad parlamentaria consiste en la prerrogativa procesal

de los diputados, que los exime de ser detenidos, procesados o juzgados, sin la expresa autorización del órgano competente, en virtud del cometimiento de un delito. La segunda que es la inviolabilidad parlamentaria (Art. 125 Cn.), impide el castigo, durante y después de terminado el mandato legislativo por las manifestaciones y votos que emitan con manifestación de su cargo, con el objeto de garantizar la independencia de los miembros del parlamento de sustraer a sus miembros de chantajes o cualquier tipo de coacción que pudiere ejercer sobre ellos.

4.2.2 El Antejudio.

En El Salvador se reconoce la llamada inmunidad parlamentaria (supra), la inmunidad diplomática y además la inmunidad frente a procesos judiciales en materia penal para una serie de funcionarios públicos de alto nivel, a través de la garantía del antejudio que es un privilegio procesal, el cual consiste en un procedimiento previo a exigir la responsabilidad penal a los funcionarios públicos por atribuírseles la realización de delitos. De manera semejante ha sido definido como “las reglas destinadas a preparar el juicio criminal, o si se prefiere a obtener que se declare por autoridad competente, y determinar si existe lugar a formación de causa criminal en contra de determinadas personas, como lo son los diversos desafueros”¹⁶¹ Este privilegio ha sido incorporado en nuestra legislación en el Art. 236 al Art. 239 Cn., en relación al Art. 381 y 382 Pr. Pn., como respuesta a la necesidad de mantener la estabilidad del gobierno, tratando de evitar que los funcionarios de primera categoría, sean enjuiciados penalmente como cualquier ciudadano.

¹⁶¹ LOPEZ, Oswaldo L, “Manual de Derecho Procesal Penal”, 3a Ed., Editorial Edin, Santiago de Chile, 1951, p. 387.

Según resolución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Amparo bajo Ref. 549-98, dictada el día 17 de enero de 2000, “Con el Antejucio no se pretende atribuir responsabilidad alguna, sino simplemente descorrer el velo o la coraza de protección que en su momento estuvo investido el sujeto que ha de ser enjuiciado y que, como se dijo, funciona como garantía contra la ligereza por inconformidad proveniente de los gobernados ...sucede entonces que el antejucio no es parte del proceso penal, sino que tiene un carácter pre-procesal en tanto que únicamente habilita la posibilidad de que se inicie un proceso penal en contra de un funcionario de aquellos a los cuales la misma Constitución ha concedido fuero”.

Con los aspectos antes mencionados (supra), podemos definir el antejucio como el conjunto de normas jurídicas, que regulan el privilegio procesal otorgado a determinados funcionarios públicos frente a una instancia especial, ya sea la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia.

En caso que se interponga proceso de antejucio ante la Asamblea Legislativa conocerá de los funcionarios siguientes:

- 1) El Presidente y Vicepresidente de la Republica;
- 2) Los Diputados;
- 3) Los Designados a la Presidencia;
- 4) Los Ministros y Viceministros de Estado;
- 5) El Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia;

- 6) El Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la Republica;
- 7) El Fiscal General de la Republica;
- 8) El Procurador de la Defensa de los Derechos Humanos;
- 9) El Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral; y
- 10) Los Representantes Diplomáticos.

Cuando el procedimiento de antejuicio sea ventilado por la Corte Suprema de Justicia, según lo establecido por el Art. 239 Cn., incluirá a los funcionarios siguientes:

- 1) Los Jueces de Primera Instancia;
- 2) Los Gobernadores Departamentales;
- 3) Los Jueces de Paz; y
- 4) Los demás que determine la ley.

Este proceso será procedente cuando dichos funcionarios cometan “delitos oficiales”, si se tratara de delitos comunes, estos funcionarios serán juzgados por los tribunales y procedimientos ordinarios.

4.2.3 Procedimientos Especiales.

Los procedimientos especiales sobre el antejuicio, tratan lo relativo a las personas que tienen fuero constitucional, como hemos mencionado; se refiere al desafuero de los funcionarios públicos que determina el Art. 236 y 239 Cn., según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia o la Asamblea Legislativa en su caso.

Según la legislación salvadoreña, el antejuicio se clasifica en dos tipos, dependiendo no solo de los órganos ante el cual se promueva, sino también en atención al sujeto a quien se le aplica. Así el primero es promovido ante la Asamblea Legislativa, por lo que se trata de un antejuicio meramente político y es aplicado a los funcionarios mencionados en el Art. 236 Cn., quienes son de mayor jerarquía dentro de la organización del Estado Salvadoreño, y el segundo que es el promovido ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de los funcionarios que establece el Art. 239 Cn.

4.2.4 Procedimiento de Antejuicio ante la Asamblea Legislativa.

Este procedimiento lo encontramos desarrollado en el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, a partir del Art. 47 al Art. 51, bajo el Capítulo VI, que lleva por Título “De los Antejuicios”. Pudiendo iniciarse por regla general a través de denuncia o acusación, y en cualquiera de los casos tendrá que ser por escrito y reunir los requisitos establecidos en el Art. 47 Inc. 2º del mismo reglamento en relación con los Art. 236 Inciso final Cn., Art. 383 y 385 Pr. Pn.

Por excepción, el antejuicio puede iniciarse según lo estipula el Art. 389 Pr. Pn., y es cuando se ha iniciado proceso penal contra el funcionario que goza de

este privilegio; en cuyo caso el juez que conozca de la causa debe remitir las diligencias a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia, para que se decida en antejuicio si procede o no continuar el proceso penal instruido contra el funcionario. La segunda excepción es en el caso de delito flagrante, contemplado en el Art. 238 Inciso ultimo Cn. y Art. 390 Pr. Pn., este es un privilegio especialísimo, exclusivo para el presidente y vicepresidente de la Republica y los diputados, que opera solamente ante la Asamblea Legislativa, dado el alto rango de estos funcionarios.

En cuanto al inicio del proceso es realizado a través de acusación o denuncia (supra), y se presentan ante la oficialía mayor de la Asamblea Legislativa, quien la remite como pieza de correspondencia a la Comisión Especial del Seno de la Asamblea Legislativa. El auto que admita la acusación o denuncia, será notificado al indiciado para que este se muestre parte o nombre defensor, también se dará aviso al Fiscal General de la Republica para que intervenga de acuerdo con lo establecido en el Ord. 4º del Art. 193 Cn.

Posteriormente la Comisión Especial procederá a recibir todas las pruebas de cargo y descargo, en presencia del fiscal y del indiciado o la defensa. Verificado este, dará cuenta a la Asamblea, la cual lo pasara a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales para su depuración. Depurado el informativo que constituye el primer filtro para evitar que los funcionarios sean antejuiciados, la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales oirá, dentro del tercer día la opinión del fiscal y al acusador particular si lo hubiere y, transcurrido dicho termino con lo que conteste o en su rebeldía, oirá también dentro del tercer día al indiciado o a la defensa, después formulara el dictamen correspondiente, luego se señalará día y hora para que la Asamblea discuta el asunto y declare si hay lugar o no a formación de causa, se pasaran las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia, que determina la ley para que conozca en Primera

Instancia, de las resoluciones que pronuncie la Cámara, conocerá en Segunda Instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y de los recursos que dichas resoluciones admita conocerá la Corte en pleno y si se declara que no hay lugar a formación de causa se archivara. La resolución con que finaliza el antejuicio, promovido ante la Asamblea Legislativa, no constituye una sentencia, porque este no es un juicio o un proceso, ni se esta ejerciendo jurisdicción alguna.

El carácter jurídico político de este tipo de antejuicio y su resultados, lo genera los intereses políticos procedentes de las diferentes fracciones que conforman la Asamblea Legislativa. Así el diputado indiciado que sea miembro del partido mayoritario, con los votos de los miembros de su mismo partido político, se declarara que no ha lugar a formación de causa; caso contrario pareciera que si el diputado pertenece a un partido minoritario no obtendría esta ventaja, lo cual no es cierto, pues cabe la posibilidad de hacer alianzas políticas con otros partidos. Para el caso lo acontecido en nuestro país, con relación al señor Francisco Merino, que es un ejemplo claro de lo que se viene hablando pues siendo diputado y jefe de fracción legislativa del PCN; en estado de ebriedad causo un escándalo en las calles de San Salvador, en el que resulto herida de bala una agente policial, apunto con su arma de fuego a un vigilante privado y causo daños a la patrulla policial.

La Fiscalía acuso a Francisco Merino de homicidio imperfecto, lesiones graves y daños agravados; una comisión especial fue formada para estudiar el caso y determinar si despojaría de la protección constitucional al diputado; antes de la votación en la Asamblea, sobre el retiro del fuero algunos miembros del PCN, declararon públicamente que si la votación desfavorecía a su diputado expondrían escándalos públicos de corrupción involucrando a miembros de otros partidos políticos, por lo que posteriormente la Asamblea Legislativa

aprobó por cuarenta y tres votos (mayoría simple) de los partidos de Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), Partido de Conciliación Nacional (PCN) y Partido de Acción Nacional (PAN), mantener el fuero constitucional al diputado Merino, posición que fue fuertemente criticada por expertos jurídicos que sostenían que una vez terminado su periodo, finalizaría su inmunidad y siempre y cuando el delito no hubiere expirado en la persecución penal podría ser reclamado por la justicia.¹⁶²

En el caso anterior es notoria la presencia de acuerdos políticos que fomentan la impunidad, falta de transparencia y las prácticas de corrupción, armándose para ello de instrumentos legales como el antejuicio, para su protección personal y no en atención al espíritu del mismo que según la doctrina y la legislación salvadoreña es proteger la función.

Sin embargo, diremos que el privilegio procesal al que hemos hecho referencia pese a ser considerado una institución consagrada por el legislador para garantizar la independencia de la Asamblea Legislativa y evitar persecuciones políticas que pudieran desintegrar dicho órgano; este privilegio ha sido mal entendido y peor aplicado por los miembros de nuestra Asamblea Legislativa, por que en muchos casos de delincuencia oficial se han negado a iniciar la investigación pertinente, obstaculizando la buena marcha de la administración, y logrando así, que estos sujetos se sitúen fuera del alcance de la ley.

Concluyendo, podemos decir que el antejuicio muchas veces no funciona debido a que no se juzga a altos funcionarios fundamentalmente por razones de tipo político, indiscutibles en una institución que es política por naturaleza, por

¹⁶² SEGURA, Edwin: “Escándalo del diputado Merino”, (www.laprensagrafica.com), 27-09-2000.

tales razones los juicios de la Asamblea Legislativa son insulares, ya que importa el interés político y el prestigio del partido político, y no la justicia.

4.2.5 Procedimiento de Antejudio ante la Corte Suprema de Justicia.

Este procedimiento constituye un privilegio procesal en beneficio de la función pública, protege únicamente la comisión de delitos oficiales, siendo su naturaleza de carácter jurídico, tal como lo establece el Art. 239Cn. Inc. 1º y 382 Pr. Pn. puede ser iniciado a través de denuncia ante la Fiscalía General de la República, con los requisitos establecidos para el requerimiento fiscal (Art. 247 Pr. Pn.) o a través de las personas que se encuentren facultadas para querellar (Art. 95 y 96 Pr. Pn.); si el procedimiento es iniciado por medio de denuncia ante la Fiscalía, será esta la que presente solicitud ante la Corte Suprema de Justicia, para que se inicie el proceso de antejudio, en caso de que se utilice como canal de inicio del proceso penal la querrela (que consiste en la denuncia de la víctima solicitando intervenir como sujeto procesal), suele exigirse mayor rigurosidad en los requisitos especialmente en los que se refieren a las circunstancias que legitiman el ejercicio del derecho de acción.¹⁶³

La solicitud debe ser presentada ante la secretaria general de la Corte Suprema de Justicia, cuando el proceso de antejudio sea iniciado de oficio por la Corte, esta deberá tomar en cuenta que el hecho realizado por el funcionario publico, haya perjudicado el orden social, provocando un escándalo publico, por lo que esta procederá de oficio, en aras de velar por el buen funcionamiento de la administración.

¹⁶³ Vid., TREJO, Miguel A. y otros: "En Defensa del Proceso Penal Salvadoreño", Proyecto de Reforma Judicial, 1994, p.10.

Admitida la solicitud de antejuicio ante la corte, esta podrá ordenar que la Cámara seccional respectiva practique la investigación cuando el indiciado fuere juez de primera instancia o gobernador departamental, o designara un juez de instrucción, cuando el indiciado fuere un juez de paz; dicha investigación sobre los hechos denunciados, deberá ser realizado durante el plazo de ocho días.

Concluida la investigación sobre los hechos se dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia, la que si notare vació o falta sustancial mandara a que se repongan o se llenen; posteriormente se declarara dentro del tercer día, si ha lugar o no a formación de causa contra el funcionario, si la resolución de la Corte fuere que no ha lugar la formación de la causa, ordenara el archivo de las diligencias y si fuera declarado por la corte en pleno, por mayoría simple con el voto de ocho magistrados, según lo establecido en la Ley Orgánica Judicial, en su artículo 50 que ha lugar a formación de causa, ordenara la revisión de las diligencias a la Cámara Primero de lo Penal de la Primera Sección del Centro, para que conozca de la instrucción, y del juicio conocerá la Cámara Segundo de lo Penal de la Sección del Centro.

No obstante, cabe señalar que este procedimiento de antejuicio ante la Corte Suprema de Justicia, se llevara a cabo solo cuando la conducta realizada por el funcionario implique un hecho considerado como delito, que no revista una infracción al régimen disciplinario establecido en el Art. 49 y siguientes de la Ley de la Carrera Judicial, caso contrario se seguirá el proceso de destitución regulado por el mismo cuerpo legal, el cual resulta en una aplicación simplificada de la Corte, en la que al momento de ser destituido el funcionario, pierde el fuero constitucional, pudiendo ser juzgado como una persona común ante un tribunal ordinario y no con las complicaciones que presenta el antejuicio, que provoca un proceso largo y engorroso que acarrea

responsabilidad para la Corte, si el funcionario es absuelto por el Tribunal competente.¹⁶⁴

Haciendo un examen general de la aplicación que ha tenido el privilegio constitucional de que gozan estos funcionarios estatales, es notable el hecho de que en nuestra historia judicial existen pocos casos concretos de antejuicio, puesto que actualmente el fuero se ha convertido en una coraza de protección de muchos malos servidores públicos.

4.2.6 Efectos de la Declaratoria de Formación de Causa.

Desde que la Asamblea Legislativa o la Corte Suprema de Justicia, declare que hay lugar a formación de causa las diligencias se remitirán a la Cámara Primera de lo Penal, de la Primera Sección del Centro, para que el funcionario sea juzgado como cualquier ciudadano común, tras la pérdida de su fuero, según lo establecido en el Art. 388 Pr. Pn., el funcionario indiciado quedara facultado según la ley para interponer recurso, que a nuestro criterio solamente tendría lugar la interposición del Recurso de Amparo, esto recordando que los recursos tienen lugar ante autoridad superior, y en el caso que nos ocupa no existe autoridad superior que la Corte en pleno mas que la Sala de lo Constitucional, que es la facultada para conocer del recurso de Amparo; aunque en la practica, esto no se aplique.

Otro de los efectos de la declaratoria de formación de causa (Art. 388 Pr. Pn.), es que, el funcionario quedara inmediatamente suspendido en el ejercicio de

¹⁶⁴ *v. gr.*, el caso de Raúl Edgardo Zúñiga, Juez Suplente de Paz de Aguilares, San Salvador, quien fue destituido por Acuerdo de la Corte Plena, por estar involucrado en el uso de un vehículo que estaba decomisado en dicho Tribunal; no así los señores Ricardo Canales Herrera, Juez de Instrucción de la capital; Alicia González de Ortiz, Juez Segundo de Paz de Lourdes Colon, La Libertad y José Aníbal Urías Martínez, Juez de Paz de San Ignacio, quienes según la Fiscalía General de la Republica, serian acusados por los delitos de Prevaricato y Cohecho entre otros.

sus funciones y por ningún motivo podrá continuar en su cargo, por tanto, los hechos atribuidos a dicho funcionario, podrán ser perseguibles ante el Órgano Jurisdiccional; ya no mediando el fuero que le investía, sino mas bien como cualquier persona a la que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo. Si la sentencia definitiva es absolutoria el funcionario suspendido volverá al ejercicio del cargo siempre y cuando el periodo de la elección o nombramiento no haya expirado.

4.3 Rol de los Entes Controladores.

El control político puede definirse como la actividad formal e informal, que lleva a cabo un órgano, con el propósito de determinar si las acciones de los poderes, órganos y entes públicos, se adecuan al ordenamiento jurídico, con el fin de fiscalizar la actividad del poder que estos entes poseen y evitar los abusos.¹⁶⁵

El Estado de El Salvador se estructura entorno a tres ramas de los órganos del gobierno: legislativo, ejecutivo y judicial. (Art. 86 Cn.) Además, de los órganos que lo integran, existen otros entes autónomos e independientes, que deben cumplir las demás funciones del Estado; para el caso que nos ocupa, hacemos referencia a la Corte de Cuenta de la Republica, la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección de Probidad y Fiscalía General de la Republica.

La Corte de Cuentas de la Republica es por excelencia, el órgano contralor establecido constitucionalmente, para llevar a cabo el rol fiscalizador sobre los demás entes estatales, mayoritariamente en lo que concierne a la Hacienda

¹⁶⁵ Vid., NARANJO MESA, Bladimiro: "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas", Editorial Temis, Colombia, 1995, p. 244.

Publica, para lo que es dotada de facultades administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales. Por otra parte, la Sección de Probidad, de la Corte Suprema de Justicia es la encargada de vigilar el incremento patrimonial de los funcionarios y empleados públicos, y sus atribuciones le son delegadas de conformidad a la Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos. No obstante, que estos entes se encuentran dotados de poder fiscalizador, sus funciones son limitadas en virtud de intereses políticos, inmersos en las relaciones estatales.

De todos es conocido que la Corte de Cuentas ha sido presidida por un largo periodo por representantes de un determinado partido político, generando siempre un favorecimiento cuando se trate de resolver algún conflicto que involucre a su partido u otros afines a sus intereses. En este sentido nos referimos al juicio de cuentas, promovido por la institución, de oficio mediante auditoria para determinar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios. De manera similar, la Sección de Probidad, fue despojada de facultades de vigilancia patrimonial de los intereses del Estado (Vid., supra., Cap. III), por lo que se torna difícil el verdadero apegamiento de estos entes a sus funciones.

En lo relativo a la Fiscalía y la Corte de Cuentas, en lugar de mejorar, las cosas van de mal en peor, cuentan con más recursos económicos, y sin embargo, no cumplen con el mandato constitucional para el que fueron creadas a excepción de algunos casos en los que ha habido un cambio en las estrategias de investigación, como el suscitado en marzo de 2001 referente a los títulos falsos de jueces y abogados en el que por primera vez la Fiscalía utilizo la figura de un fiscal especial, asignado al abogado Roberto Vidal quien investigaría 2,800 títulos sospechosos, pero que debido al corto tiempo que duro su mandato, solamente logro investigar 819 casos de los que resultaron falsos 169 títulos y entre sus tenedores se encontraron 19 jueces de Primera Instancia, 56 jueces

de Paz, 7 jueces suplentes y 12 fiscales, emitidos por distintas universidades del país; lamentablemente debido a la ineficacia de la Institución de los 169 títulos señalados por el fiscal especial, ninguno ha sido condenado y casi todos continúan ejerciendo la profesión¹⁶⁶ .

Desde nuestra perspectiva, detectamos que debe destacarse: un poder económico concentrado, voraz y sin mayores escrúpulos que “moldea” a su favor las instituciones claves del Estado para mantener vigentes la corrupción y la impunidad que le beneficia. En tal sentido, de manera premeditada se nombran personas inadecuadas para conducirlos.

El otro hecho es la actuación “pecenista” que tiene que ver, con la Corte de Cuentas de la Republica, ya que permanece siempre en el “ojo del huracán” por la clara obstrucción para el despliegue de sus capacidades en la conducción de la misma, en aras del ocultamiento de la corrupción en el país. Sumado a la irregularidad en el manejo de la Corte, esta de por medio el “arreglo político” entre los partidos derechistas (ARENA, PCN y PDC), mediante el cual se reformó la Ley Orgánica del ente contralor, destacando lo ocurrido con el controvertido artículo 46 de la misma. Así, a partir de ese momento, se impidió que los informes de auditoria se hicieran públicos hasta que en un juicio de cuentas se emita resolución que exonere o condene al funcionario público objeto de investigación. Dicho en palabras más sencillas: nadie conocerá de los actos de corrupción, pues las investigaciones de los mismos tardarán años en ver la luz pública.

¹⁶⁶ *V.gr.* Nos referimos al caso de la abogada que fue exonerada, a inicios del mes de marzo del 2002, porque según el Tribunal la acción penal había prescrito.

Así las cosas, resulta paradójico que los máximos responsables de luchar desde las instituciones estatales contra la corrupción e impunidad, resulten ser obstáculos y encubridores de actos contrarios a la normativa legal.

4.4 El Desempeño de los Medios de Comunicación.

Al referirnos al tema de los medios de comunicación y del papel que estos ejercen en la sociedad actual, podemos afirmar que la función principal es la acción y efecto de comunicar todo lo que contenga un nivel de relevancia para los que se informan, siempre y cuando cumplan con el conjunto de normas que regulan la forma de llevar a la práctica las libertades de expresión y transmisión de libre pensamiento, que puede consistir en radio, televisión y periodismo.

El desempeño de los medios de comunicación en nuestros días, ha permitido el nacimiento de una sociedad que promete ser transparente por su presencia constante, en la transmisión de lo que ocurre.

La funcionalidad de la administración de justicia en relación con los medios de comunicación y las instituciones gubernamentales, hacen muchas veces que la opinión pública otorgue un tratamiento diferencial a los delitos convencionales en relación con los delitos económicos; y la poca rigidez con que han sido tratados, lo que ha provocado la impunidad de estos delitos, bajas sanciones, beneficios procesales, deficiencias legales e ineficacias de los procedimientos jurídicos, que son señalados como fallas en la represión de estos hechos delictivos.

La reacción social hacia la corrupción, bien sea a través de la manipulación de los medios de comunicación social, en relación con los estereotipos ejecutores

de las conductas corruptas de los funcionarios públicos, es un área no investigada en nuestro medio, por lo que la opinión pública tiene la tendencia hacia la aceptación, tolerancia y hasta la exaltación de imágenes de los implicados en estos delitos. Y es que la forma más común para enterarse del mal manejo público, son los medios de comunicación. Es por ello el interés de las instituciones gubernamentales en la manipulación de los medios de comunicación.

4.5 Falta de Acceso a la Información Pública.

EL acceso a la información pública, es un aporte necesario para la transparencia en la gestión pública de un buen gobierno y su ausencia implica una cultura de secretismo. Es precisamente esta cultura de secretismo la que significa un enorme retroceso en la transparencia gubernamental y en las relaciones de los aparatos estatales con los ciudadanos, que impide que conozcamos, y seamos partícipes de esa gestión.

El reconocimiento al derecho a acceder libremente a la información gubernamental tiene desarrollo en la legislación primaria en el Art. 6 Cn. que contempla lo referente a la “libertad de expresión”, pero siempre limitándose a reconocerla como una dimensión de derecho para recibir opiniones. En este mismo sentido, el Art. 18 inc.5 Cn. establece el acceso a la información, a través del derecho de petición y respuesta. De forma similar la Sala de lo Constitucional realizó un análisis jurisprudencial¹⁶⁷, en el que considera “Que el derecho de petición consiste en la facultad de tener todos los gobernados o administrados en un Estado para dirigirse a las autoridades públicas formulando una solicitud, en la cual se expresan opiniones, demandas o quejas”.

¹⁶⁷ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Ref. 431-98, del 25 de febrero de 2000.

Recientemente a nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dedica un apartado especial, en el que establece que los gobiernos deben instaurar procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública. A pesar de ello, a la fecha aun no existen estándares internacionales aceptados por los gobiernos sobre procedimientos, instancias y condiciones que se deben de adoptar para garantizar el acceso a la información pública.

En esta materia nuestro país no es la excepción, puesto que nos encontramos limitados a contar con la información emitida por los medios de comunicación. A diferencia de otros países de Centroamérica, en El Salvador hasta la fecha no se ha tomado iniciativa para lograr la promulgación de una ley nacional de acceso a la información pública; lo más próximo que se ha dado con respecto a una iniciativa en favor de una ley sobre acceso a información, que sea de aplicación general, son las iniciativas de reformas al código municipal que han venido impulsando varios grupos de la sociedad civil y los alcaldes del país.

Una de estas iniciativas es la coordinada por el centro de investigaciones Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE), que se titula “Campaña por la participación ciudadana y la transparencia de la gestión municipal de El Salvador”, con dicha campaña se busca reformar un capítulo del Código Municipal. Que contiene en el primer artículo de su propuesta como establecer mediante ley la “obligación de los gobiernos municipales garantizar el acceso público a la información de su gestión, rendir cuentas y someterse a la fiscalización de la población”.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Vid., FUNDE y MEDINA, Regina: “Porque voto tengo derecho a participar y a conocer”, Campaña por la Participación y la Transparencia en la Gestión Municipal, Talleres Gráficos de Impresos Quijano, San Salvador, 2005, p. 5- 6.

La propuesta en cuestión tiene los contenidos básicos de una regulación de acceso a información pública, reconoce claramente los derechos de los ciudadanos y las obligaciones de los funcionarios en esta materia; así también, dispone de un listado de información que debe ser publicada sin mediar petición, establece criterios sobre información que puede ser declarada reservada y fija plazos de respuesta, entre otros aspectos.

Otra propuesta similar es la de la Corporación de Municipalidades de El Salvador (COMURES), que es el gremio al que están asociados los alcaldes del país. Las diferencias con la de FUNDE radica en las condiciones o criterios de acceso a la información, como por ejemplo de un mayor número de informaciones reservadas, entre otros aspectos. Además, la propuesta de COMURES es un cuerpo de ley independiente y no una reforma al Código Municipal.

De ambas propuestas, y de la vivencia actual en relación a la corruptibilidad de los funcionarios públicos, resulta evidente que habrá transparencia en la medida que haya mayor acceso a la información pública, participación en los asuntos de interés colectivo, claridad de las reglas, disponibilidad y rendición de cuentas. Así la información pública, deberá ser basada sobre las decisiones, actividades y recursos de la colectividad, siendo presentada de una forma oportuna, verificable y comprensible; por lo que las personas tendrán el derecho de buscar, recibir y difundir la información pública sin ninguna restricción, mas que la señalada en los casos de información de particulares, información de procesos en marcha, cuando su difusión pueda afectarlos, la participación en los asuntos de interés colectivo deberá basarse en el ejercicio de ciertos derechos colectivos como la elección de representantes, incluyendo la designación y revocatoria de mandatos, formulación de políticas y la asignación de los recursos públicos, observancia y vigilancia sobre los asuntos públicos, la

evaluación sobre los resultados de la gestión de los representantes y la adopción de medidas correctivas; así como el acceso equitativo a oportunidades.

La rendición de cuentas implicara la existencia de mecanismos e instancias para que los gobiernos expongan, expliquen y justifiquen su gestión y para que se sometan a la evaluación y voluntad de los particulares.

Sin embargo, los elementos que contribuyen a la transparencia de un buen gobierno, en nuestro país, simplemente representan una utopía, que en lugar de ser una herramienta en el combate contra la corrupción, ha sido convertido por los que detentan el poder en un obstáculo para combatirla, a través de procesos tardíos y tediosos para los particulares que solicitan información, fomentando lo que con anterioridad mencionamos como cultura de secretismo.

4.6 Ausencia del Código de Ética.

La Ética, se entiende como una disciplina filosófica, cuyo objeto de estudio es el comportamiento moral de los individuos. Sin embargo, existe confusión con la palabra moral, por las expresiones con que la asocian como “comportamiento poco ético”, “conducta inmoral”, o “principios morales”. Todas esas frases representan una valoración de las acciones de las personas como un criterio particular. Pero cuando determinadas acciones se ajustan aun deber ser, es que se suele decir que esas acciones se rigieron por principios éticos y morales; cuando sucede lo contrario, el deber ser, es la acción inmoral o poco ética. Por lo tanto, la ética será la “teoría de la moral”, mientras que la moral se basa en los comportamientos, las acciones y las actitudes de los hombres.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Vid., BRAN, Sergio: “Ética Municipal en El Salvador”, ([bidahttp://www.revistaprod.info](http://www.revistaprod.info)), consulta 20-10-2005.

Al fijar lo permitido y lo prohibido, la ley traza en principio unas fronteras claras que permiten al hombre público o privado, al ciudadano y al funcionario, determinar sin demasiadas dudas ni vacilaciones la línea de conducta debida.

Hoy día la ética en la función pública se ha perdido, por la falta de valores en la gestión pública "al ser los fines del Estado diversos y contradictorios generan un clima de confusiones que hace que ésta se convierta en un caldo de cultivo para la aparición de prácticas corruptas"¹⁷⁰.

En el país fue aprobada en sesión plenaria, el día 28 de julio del 2005, la nueva normativa que reforma el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa que entrara en vigor el 1º de mayo de 2006, que dedica un capítulo especial a la ética parlamentaria, y establece la formación de un comité para investigar las denuncias en contra de los diputados de la Asamblea Legislativa que cometan actos de corrupción como aquellos legisladores de los que se compruebe que han recibido dinero o dádivas por acciones relacionadas a su cargo; estos serán amonestados en privado ante la junta directiva o en público ante el pleno, según las nuevas normas éticas¹⁷¹; lo que puede ocasionar, que los procedimientos establecidos por esta nueva reforma, terminen respondiendo nuevamente a intereses de carácter político o partidario, debido a la ausencia de un ente imparcial que investigue y determine la responsabilidad en que ha incurrido el funcionario.

También serán sometidos a una amonestación a quienes se les compruebe que participaron en licitaciones o recibieron beneficios por contratos que celebre u otorgue el congreso; así mismo, las ausencias injustificadas de los diputados a las comisiones de trabajo y al plenario serán sancionadas por la junta directiva

¹⁷⁰ NJAIM, Humberto: "Corrupción...", Op. Cit., (<http://www.mercaba.org>).

¹⁷¹ CABRERA, Amadeo, "Las Faltas Éticas...", Op. Cit., (<http://www.laprensagrafica.com>)

con la aplicación de descuentos. Esto último, es una norma ya vigente que la junta directiva no aplica, a pesar de las reiteradas faltas a laborar de los diputados.¹⁷²

En casos de disciplina interna, el reglamento no obliga a la Asamblea Legislativa, a informar a la Fiscalía General de la Republica; si tiene conocimiento de acciones que puedan constituir delitos, el comité de ética parlamentaria, emitirá sus informes que pasarán a la junta directiva, y esta los someterá a conocimiento del pleno.

El régimen disciplinario que contiene este nuevo reglamento enumera una lista de prohibiciones, entre los que se menciona los siguientes:

- 1) Presionar para impedir que un compañero se exprese libremente;
- 2) Utilizar indebidamente el patrimonio de la Asamblea;
- 3) Sacar provecho de la información que conozca;
- 4) Recibir concesiones del Estado, celebrar contratos con la Asamblea, ser contratistas o caucioneros de obras costeadas por el Estado o municipio;
y
- 5) Participar en tomas de decisiones en casos de interés por afinidad o consanguinidad.¹⁷³

¹⁷² idem.

¹⁷³ idem.

Entre los deberes éticos, que establece, podemos mencionar los siguientes:

- 1) Observar conducta correcta y honorable;
- 2) Ser probos y transparentes;
- 3) Tener credibilidad, conducta intachable y anteponer el interés público al interés privado;
- 4) La no discriminación;
- 5) Ser respetuoso con el personal legislativo y el ciudadano;
- 6) Presentar la declaración de probidad en el plazo establecido: y
- 7) Observar siempre la compostura, la dignidad y el decoro a su investidura.¹⁷⁴

Hay que señalar, que un Código de Ética no sólo debe contener normas de conductas sino los principios que la fundamentan y los procedimientos a seguir para efectuar sanciones efectivas y oportunas de dichas conductas, caso contrario no serviría de nada la existencia de un Código de Ética, ya que desde nuestro punto de vista es necesario que este contenga normas de carácter coercitivo y no solo meras sugerencias para el comportamiento de un funcionario.

¹⁷⁴ idem.

CAPITULO V

Implementación de Medidas Anticorrupción Establecidas por la Convención Interamericana contra la Corrupción en la Normativa Salvadoreña.

5.1 Aplicación de las Medidas Anticorrupción en El Salvador.

El problema de la corrupción como hemos visto anteriormente desde tiempos históricos ha sido una practica constante entre los que ostentan el poder y considerado un mal inherente a la función publica. En la actualidad representa un firme obstáculo para el desarrollo integral de los pueblos que configura uno de los más grandes problemas de carácter económico, político y social, por lo que ha alcanzado gran trascendencia a nivel internacional, haciéndose necesaria la creación de la Convención Interamericana contra la Corrupción que como ya hemos reiterado es uno de los principales instrumentos jurídicos de carácter internacional aplicables a la prevención y represión de actos irregulares cometidos por funcionarios públicos.

En El Salvador el surgimiento y desarrollo de las iniciativas anticorrupción ha sido un esfuerzo difícil, con contradicciones y lleno de limitaciones. Una historia llena de intolerancia, ausencia de valores, disparidades sociales, represión y corrupción, que ha marcado la vida de los salvadoreños,¹⁷⁵ por lo que en el año de 1998 nuestro país ratificó dicha Convención, que tiene como propósitos en primer lugar la promoción y fortalecimiento de mecanismos para prevenir detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y el segundo facilitar la

¹⁷⁵ HEMBY; Linda: "Las Iniciativas anticorrupción de la Sociedad Civil Salvadoreña", Probidad, El Salvador, p. 3

cooperación entre los Estados partes para combatir la misma; sin embargo, es importante señalar que la CICC no es un instrumento de carácter coercitivo y su objetivo no es sancionar a los países que no adopten las medidas eficaces para castigar a los funcionarios corruptos; mas bien, es un tratado que induce a los Estados Americanos a que de una forma voluntaria asuman el compromiso de combatir contra este fenómeno; por lo tanto, su alcance en relación a los propósitos referidos son limitados y depende en gran manera de la aplicación de las doce medidas preventivas que la CICC establece en su Art. III, debido a que estas marcan pautas que deben guiar las reformas jurídicas e institucionales para hacerle frente a la corrupción y se encuentran referidas a cuatro rubros relativos tanto a los funcionarios públicos, como a las instituciones publicas, al sector privado y a los ciudadanos, los cuales analizaremos separadamente, no sin antes advertir que no existe implementación alguna de normativa legal posterior a la ratificación de dicho convenio y que las leyes que a continuación mencionaremos son meras aproximaciones a los postulados y medidas de la Convención Interamericana contra la Corrupción que surgieron a priori de su ratificación, de la siguiente manera:

5.1.1 Medidas referidas a los funcionarios públicos:

- Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.¹⁷⁶

En términos amplios, en el campo de la teoría general del derecho, cuando se dice que una persona tiene derecho, o lo asiste un derecho, significa que ya por virtud de ley se le reconoce a la persona la facultad de hacer o exigir todo lo que esa ley ha establecido en su favor y que la existencia de este derecho

¹⁷⁶ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas Preventivas", (<http://probidad.org/mpi>), consulta 15-11-2005.

jurídicamente reconocido lleva implícita la posibilidad de exigir su cumplimiento por la vía correspondiente.¹⁷⁷

Trasladando pues esta noción de derecho al caso del empleado publico, diremos que a todo funcionario, desde que se incorpora a la Administración, se le reconocen una serie de derechos que son la consecuencia de la función pública y que por lo tanto podría ejercitar mientras desempeña tal función.

Para que el funcionario tenga esos derechos y aspire a que le sean reconocidos, es menester que ejerza la función, de una forma responsable, es decir, que nadie que este al servicio del Estado puede pretender que le sean reconocidos estos derechos administrativos sin trabajar en función de las obligaciones que el cargo le impone.

El empleado publico desde el momento en que asume su función, o desde que jura desempeñar fielmente el cargo, contrae múltiples deberes que son propios de la función publica, es decir, obligaciones que imperativamente debe cumplir y que se vinculan, en mayor o menor medida al correcto desempeño de su cometido, al máximo grado de dedicación y eficiencia que debe poner en realizarlo, y en una palabra, al desarrollo integral del fin publico que justifica sus funciones. Todos estos deberes nacen entonces, como norma general, por dispositivo de la ley.¹⁷⁸

Sobre este tipo de normas, existe una separación normativa que no contribuye a lograr los fines de la Convención; debido a que no existe en nuestro país ninguna ley que las establezca específicamente. En esta materia apenas y

¹⁷⁷ SILVA CIMMA, Enrique: "La Función Publica" , Ediciones de la Contraloría, Caracas, 1978, p. 27.

¹⁷⁸ *ibid.*, p. 59.

podemos encontrar como marco legal la Ley del Servicio Civil, en donde se establecen los derechos, deberes y prohibiciones de los funcionarios y empleados públicos. El Art. 31 literal “b, c y d” de la misma dispone que los empleados y funcionarios públicos deban desempeñar su trabajo con celo, diligencia y probidad, así como guardar la reserva y discreción necesarias en los asuntos de que tenga conocimiento por razón de su cargo o empleo, aun después de haber cesado en su empleo; además de rechazar dádivas, promesas o recompensas. Así también, el Art. 32 prohíbe patrocinar asuntos o realizar gestiones administrativas referentes a terceros que se tramiten en las oficinas donde trabajan. Algunas de estas disposiciones enmarcadas en la Ley, son desarrolladas en alguna forma, en las siguientes leyes:

Ley de la Corte de Cuentas de la Republica, que establece igualmente deberes, atribuciones y sanciones a los funcionarios o empleados de la institución, como Por ejemplo, las obligaciones del personal de auditoria, los funcionarios y empleados que realicen auditoria gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con esta ley, reglamentos, normas de auditoria y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte. Por lo que deberán informar al Presidente de la Corte sobre cualquier acto delictivo falta grave (Art. 101 Ley de la Corte de Cuentas de la Republica).

De la misma forma, se establecen obligaciones de los servidores públicos, de las entidades y organismos públicos están obligados a colaborar con los auditores, para comparecer como testigo (Art.103 Ley de la Corte de Cuentas de la Republica).

Por otra parte existe una ley que contiene un código de conducta específico para los integrantes de Policía Nacional Civil, que dispone en su Art. 25, numeral 6, que los miembros de la Policía Nacional Civil "...no cometerán

ningún acto de corrupción" y que "se opondrán rigurosamente a actos de esta índole y los combatirán"; también podemos encontrar este tipo de regulación en las diferentes leyes de los organismos descentralizados (Universidad de El Salvador, Instituto del Seguro Social, etc.) que establecen disposiciones específicas en relación con los derechos y deberes de los funcionarios y empleados públicos a su servicio.

- Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.¹⁷⁹

Para hacer efectivo el cumplimiento de estas normas se establecen prohibiciones en las normas reglamentarias de la Corte de Cuentas, y se le sancionara con multa a los funcionarios o empleados que incurrieran en las conductas que a continuación se mencionaran: exigir sumas de dinero no previstas en la ley y en las normas reglamentarias; recibir regalos, pagos o recompensas por prestar sus servicios, o no extender recibos en legal forma, relativas sumas recaudadas, en cumplimiento de sus deberes; permitir por acción u omisión, que se defrauden a su entidad u organismos; y recaudar ilegalmente ingresos del Fisco o demás entidades y organismos del sector público (Art.107 numeral 1 al 4 Ley de la Corte de Cuentas de la Republica).

Por otro lado, la Corte de Cuentas de la República se encuentra facultada para establecer la responsabilidad de carácter administrativo, civil y patrimonial, así como los indicios de responsabilidad penal de todas las entidades del sector público y servidores, en cuanto a las operaciones administrativas y financieras que estos realicen (Art. 53, 54 y 55 Ley de la Corte de Cuentas de la Republica). Esta impone sanciones de carácter pecuniario a través de multas a

¹⁷⁹ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas...", Op. Cit., ([http://www. //probidad.org/mpi](http://www.probidad.org/mpi)).

los funcionarios o empleados de dicha institución cuando incurren en las "Sanciones por Incorrecciones" señaladas por la ley (Art. 107), su cuantía se establece en las normas reglamentarias según la gravedad de los casos.

En la Ley del Servicio Civil de igual forma, se encuentran determinado un régimen de prohibiciones, las cuales tendrán aplicación cuando no sean por medio de sanciones a los funcionarios que no cumplan, que van desde amonestaciones oral privada, multas, rebajas hasta el despido (Art. 41 Ley del Servicio Civil)

Como medidas de prevención el gobierno de El Salvador durante su campaña electoral dio a conocer el Plan de Gobierno del Partido en el poder, en el cual propuso en uno de sus apartados "Probidad Y Transparencia de un gobierno honesto al Servicio del Pueblo", que se refiere a la creación de una Oficina de Transparencia y Responsabilidad Pública a nivel Presidencial; además contiene entre otros aspectos, el fortalecimiento de las instancias de auditoria interna en los entes del Órgano Ejecutivo, para apoyar la prevención de los hechos ilícitos. Bajo dicha propuesta, y las inquietudes de contribuir a la prevención y control de la corrupción en el Gobierno, presento un "Proyecto para coordinar la función de auditoria interna en el gobierno de El Salvador", a través de la Asociación de Auditores Gubernamentales de El Salvador (AUGES).

En general, se amplió y estructuro la idea de crear la Oficina para la Transparencia y Responsabilidad Pública, coordinando también la función auditora del Órgano Ejecutivo que facilitara a la presidencia de la República obtener información objetiva, técnica y oportuna que previniera la corrupción y posibilitara la toma de medidas preventivas y correctivas para frenar y controlar

los posibles actos ilícitos en dicho Órgano. No obstante, a la fecha esa oferta es un tema no tratado integralmente.¹⁸⁰

Según las Disposiciones Generales sobre Presupuestos, cuando exista violación al Art. 93, es decir, incompatibilidades en cuanto al nombramiento de un empleado público, éste "no tendrá acción alguna contra el Estado" y "su reclamo por el sueldo correspondiente al trabajo que por tal nombramiento efectúe, sólo procederá contra quien lo haya propuesto ilegalmente".

También de acuerdo con los Art. 19 y 20 de la Ley de Suministros para el Ramo de Salud Pública y Asistencia Social, el proveedor debe controlar las condiciones que establece la ley en cuanto a las prohibiciones para negociar directa o indirectamente, suministros relacionados con esa materia; el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales da lugar a una multa que impondrá el proveedor; si estas disposiciones fueren violadas puede dar origen a una responsabilidad administrativa o penal según el caso, e incluso inhabilitación de ciertos funcionarios.

En cuanto a la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, esta dispone que toda actividad delictiva generadora de lavado de dinero y de activos que se encuentre tipificada en la legislación penal esta sometida a dicha ley; entre estas actividades se encuentran el enriquecimiento ilícito, las negociaciones ilícitas, evasión de impuestos, soborno, etc. En cuanto al empleado público que cometa los delitos tipificados como contrabando de mercaderías y defraudación de rentas de aduanas, regulados en el Art. 2 y 3 respectivamente de la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y Defraudación de la Renta de Aduanas, "quedará inhabilitado por un tiempo equivalente al doble de la

¹⁸⁰ SALAMANCA, Pedro Antonio: "La eficaz gestión de los negocios públicos", diario colatino publicada 22-12-04 (<http://www.diariocolatino.com>), consulta 22-08-2005.

condena, para obtener cargos públicos y ejercer actividades relacionadas con operaciones de aduanas y de comercio de importación o exportación"(Art. 15).

Si bien es cierto existen, distintas normas represivas que determinan la responsabilidad civil, administrativa y penal en los actos de corrupción, estas se vuelven ineficaces cuando los corruptos son altos personajes políticos o gente acaudalada; aunado como anteriormente mencionamos a la dispersión de este tipo de normas y a la falta de un ente superior que exclusivamente vele por que las misma se cumplan.

- Instrucciones al personal de entidades publicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.¹⁸¹

De forma similar en el Art. 26 de la Ley de la Corte de Cuentas, dispone que cuando toda entidad y organismo del sector público, "establecerá su propio Sistema de Control Interno y Administrativo, previo, concurrente y posterior, para tener y proveer seguridad razonable", tanto en el cumplimiento de sus objetivos con eficiencia, efectividad y economía como en la transparencia de la gestión, confiabilidad de la información y en la observancia de las normas aplicables"; que se refieren al personal de la institución y se encuentran precisamente en esta misma ley. Fuera de lo anterior, algunas referencias a la ética en la función pública existen en diferentes disposiciones de las leyes que ya se han citado, pero sin revestir la especificidad que requiere la CICC.

¹⁸¹ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas...", Op. Cit., (<http://probidad.org/npi>).

Además, la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, dispone que las instituciones que menciona el Art. 2 (Bancos, financieras, casas de cambio, etc.) deben capacitar a su personal "sobre los procesos o técnicas de lavado de dinero y de activos, a fin de que puedan identificar situaciones anómalas o sospechosas". Según esta misma ley, los bancos e instituciones financieras, casas de cambio y bursátiles "adoptarán políticas, reglas y mecanismos de conducta que observarán sus administradores, funcionarios y empleados..." Entre éstas se menciona "reportar en forma inexcusable, inmediata y suficiente a la Fiscalía General de la República.....cualquier información relevante sobre manejo de fondos..." que pudiera llevar a concluir que se trata de actividades delictivas.

Es necesario un código de ética sobre la función pública como ya se dijo, que establezca claramente el comportamiento esperado de cada empleado y funcionario, que motive y valore su función, de tal manera que cada uno de los integrantes de la administración pública se "apropien" con orgullo de su trabajo y protejan los intereses del Estado como intereses propios.

- Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan las funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.¹⁸²

En este ámbito existe en nuestro país un ente importante denominado Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, que es el encargado de vigilar el incremento patrimonial desmedido de los funcionarios públicos a costa de la Hacienda Pública; esta Institución se rige por los principios establecidos en la

¹⁸² idem.

Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos, que desde que fue aprobada en 1959 nunca ha surtido efecto, es decir, nadie ha sido juzgado en base a ella. De acuerdo con el Art. 5 de esta ley están obligados a presentar declaración jurada del estado de su patrimonio los funcionarios y empleados públicos que indica la disposición para controlar el posible "enriquecimiento ilícito". El numeral 23 de este mismo artículo, también obliga a "todos los funcionarios y empleados públicos, incluidos los municipales, de Instituciones Oficiales Autónomas, de la Universidad de El Salvador y del Servicio Exterior, que manejen o intervengan en el manejo de fondos públicos o municipales o fondos particulares encomendados o administrados por el Estado, con excepción de aquellos que manejen o intervengan en el manejo de fondos cuyo monto mensual no sea mayor de mil colones promedio y de aquellos que desempeñen cargos Ad-Honorem en entidades oficiales autónomas de utilidad pública o Asistencia Social"; lamentablemente dicha sección y la ley que le rige recibe poca o ninguna atención.

Sin embargo, en el año de 1999 fueron propuestas una serie de reformas a dicha Ley, las cuales no fueron aprobadas, aun cuando en el seno de la opinión pública ha sido sostenida la existencia de corrupción en la función pública. La Oficina de Probidad de la Corte elaboró hace algún tiempo, un proyecto de reglamento para hacer más viable la aplicación de la ley, pero hasta ahora no se aprueba, lo que también dice mucho de la poca importancia con que se mira esta situación, además de falta de voluntad política que existe de por medio;¹⁸³ y es que la Corte Suprema de Justicia nunca ha hecho una investigación a fondo sobre ningún funcionario aunque la ley se lo permite.

¹⁸³ HEMBY, Linda: "Las Iniciativas...", Op. Cit., p. 4.

Realmente es muy difícil prevenir y detectar el enriquecimiento ilícito sobre la base de las declaraciones juradas de patrimonio, por lo que la ley debería reformularse con parámetros más claros y con instrumentos diferentes para detectar el enriquecimiento ilícito, igualmente que las multas que la ley manda imponer cuando los funcionarios no hacen la declaración, puesto que son demasiado insignificantes.

5.1.2 Medidas referidas a las Instituciones públicas:

- Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.¹⁸⁴

En lo que a este tema respecta, existe la necesidad de llenar las lagunas de formación profesional, en la que se pueden detectar las fortalezas y debilidades de formación, tanto en el curso de la ética profesional, como en el trámite de la contratación y adquisición de bienes y servicios.¹⁸⁵

Cabe señalar que pese a las muchas disposiciones legales que en El Salvador existen; la palabra "amistad" tiene un significado especial, puesto que en nombre de esta se utiliza el cargo para favorecer a personas y grupos cercanos al funcionario o empleado público, lo que hace notable que las personas que optan a los cargos públicos no son las más capaces, honestas y comprometidas con el pueblo salvadoreño.

¹⁸⁴ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas...", Op. Cit., (<http://probidad.org/mpi>).

¹⁸⁵ CASTRO FERNANDEZ, Juan Diego: "Nos Interesa la Calidad", Revista Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 94, Costa Rica, Editorial Universitaria, Enero- Abril, 2001, p. 157.

El ingreso al Servicio Civil del Estado requiere del cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el Art. 18 de la Ley del Servicio Civil y por otra parte de no encontrarse dentro de las prohibiciones para el ingreso enumeradas en el Art. 19, además de poseer "idoneidad" que para el cargo se requiere; por lo que según el Art. 20 de misma ley, la selección de personal, solamente se hará "por medio de pruebas de idoneidad", exceptuándose los cargos expresamente determinados por la misma.

En algunas leyes y reglamentos de las instituciones descentralizadas de la administración pública, existen disposiciones sobre el reclutamiento del personal que siguen más o menos los lineamientos de la Ley del Servicio Civil, como en las Disposiciones Generales de Presupuestos, que regula las incompatibilidades generadas por el parentesco en el nombramiento de plaza en la administración pública.

La Ley de Suministros para el Ramo de Salud Pública y Asistencia Social dispone una serie de normas para la adquisición de bienes y servicios que suponen garantizar la publicidad y la equidad. Sin embargo, en esta existen ciertas excepciones para promover competencia en la compra de bienes y servicios pudiendo hacerse la adjudicación por libre gestión.

Es por ello que se ha considerado necesario la creación de un sistema nacional de acreditación que certifique la idoneidad de los individuos y de la certificación de calidad en la adquisición de bienes y servicios que se contraten.¹⁸⁶

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, es un ente puede resolver la necesidad antes expresada, en lo relativo a la

¹⁸⁶ idem.

adquisición y contratación de obras, bienes y servicios, con el único inconveniente, que se limita a realizar su función solo en la administración pública; sin embargo, sus principios rectores cumplen con las recomendaciones establecidas en las medidas propuestas por este Convenio, como lo son: la publicidad, la libre competencia e igualdad, la racionalidad del gasto público y la centralización normativa y descentralización operativa. Así también, establece características determinantes para la contratación de sus funcionarios, como es el caso del Jefe de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: conocimiento y experiencia en la aplicación de la LACAP; capacidad de análisis e interpretación de normas legales de carácter administrativo; Habilidad y experiencia en el diseño de términos de referencias o bases de licitación y concurso.

- Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.¹⁸⁷

Según el Art. 195 de la Constitución el órgano de control superior que desarrolla estos mecanismos en el ramo de la Hacienda Pública y la ejecución presupuestaria es la Corte de Cuentas de la República; además de encontrarse sujetos a la misma todas las entidades y organismos del sector público y sus servidores sin excepción alguna están sujeta a la misma, de conformidad con el Art. 3 de la Ley de la Corte de Cuentas; sin embargo, la misma contiene numerosos pasos referentes a la función auditora de la Corte, hasta que se toma una decisión final, por lo que se presta a que la responsabilidad se desvanezca en el camino. El Art. 95 de la misma Ley Contempla la "caducidad", de las atribuciones administrativas de la Corte a los cinco años, lo cual da lugar

¹⁸⁷ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas...", Op. Cit., (<http://probidad.org/npi>).

a que una determinada práctica de corrupción quede impune, no obstante a que el funcionario responsable de la "caducidad" puede hacerse acreedor de una multa si ésta ocurriere por su negligencia, ésta es una entrada peligrosa para la corrupción. Un aspecto importante a tomar en cuenta es que tanto el Presidente de la Corte como los magistrados de la misma son elegidos por un período de tres años y muchas veces la politización sobre todo en la elección del Presidente es evidente y se debe a "arreglos" entre partidos.

Otro órgano de control superior en materia de recaudación impositiva es la Dirección de Impuesto Internos creados según la Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos, pero además, existen otros órganos de control como la Superintendencia de Valores y la Superintendencia de Pensiones, con sus diferentes falencias y vacíos ya sea por disposiciones legales obsoletas o por falta de coordinación entre ellas, y la Corte de Cuentas de la República, que podría dar lugar a manejos eventualmente corruptos.

Por otra parte la Corte de Cuentas, la Fiscalía General de la Republica, la Corte Suprema de Justicia, la Policía Nacional Civil, son los órganos llamados a enfrentar la corrupción; sin embargo parecen inertes ante su responsabilidad.

La peculiaridad es que estos llamados entes fiscalizadores o de justicia sirven más para favorecer la corrupción que para exponerla y frenarla,¹⁸⁸ ya que sistemáticamente omiten las investigaciones, alargan los procesos y en ocasiones interpretan arbitrariamente las leyes en beneficio propio.

¹⁸⁸ HEMBY, Linda: "Las Iniciativas...", Op. Cit., p. 3.

- El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.¹⁸⁹

En nuestro país simplemente no existe el estudio de dichas medidas y menos un equilibrio entre remuneración equitativa y probidad en el servicio público. En este sentido consideramos que la balanza se inclina hacia una buena remuneración y es hallado falto el peso de la probidad en las actuaciones públicas. Lo principal para esto es estudiar y corregir las fallas estructurales de los organismos y los procesos burocráticos, que obliguen a abrir la competencia y eliminar el monopolio.

5.1.3 Medidas referidas al Sector Privado:

- Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.¹⁹⁰

Existen una serie de leyes y reglamentos que regulan la recaudación y el control de los ingresos del Estado y la responsabilidad en que incurren las personas que buscan evadir sus obligaciones tributarias así como los mecanismos de percepción y de control. Las principales leyes sobre la materia son la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento.

También es importante la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y su respectivo reglamento, sin dejar de mencionarse la Ley de Impuesto sobre Transferencia de Bienes Raíces.

¹⁸⁹ Colección de Documentos Electrónicos sobre Normas y Políticas Internacionales contra la Corrupción: "Medidas...", Op. Cit., ([http://www. //probidad.org/npi](http://www.probidad.org/npi)).

¹⁹⁰ idem.

- Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los estados partes.¹⁹¹

En cuanto a este tema no existe una legislación que lo regule específicamente, salvo lo dispuesto por la Ley de Bancos, en su Art. 209, literales g y h, que regula la prohibición de otorgar créditos a personas que posean inversiones o acciones de entidades financieras establecidas en otros países donde no exista regulación prudencial y supervisión de acuerdo a los usos internacionales sobre esta materia.

- Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.¹⁹²

Los conflictos de interés surgen también dentro de organismos privados así como el caso de financieras y bancos, complementado por la escasa supervisión de las empresas y sociedades mercantiles, lo que da lugar a la corrupción en el dinero de las personas.

Dentro de las medidas legales que impiden el soborno a este tipo de funcionarios, se encuentra la tipificación del hecho como delito en el Art. 307 de nuestro Código Penal. La Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos establece una serie de obligaciones de informar, que deben asumir los bancos,

¹⁹¹ *ibid.*, p.4.

¹⁹² *idem.*

financieras, casas de cambio, etc., en el caso de "cualquier operación o transacción múltiple realizada por cada usuario que en un mismo día o en el plazo de un mes, que exceda los quinientos mil colones o su equivalente en moneda nacional, siempre y cuando hubiere los suficientes elementos de juicio, para considerarlas irregulares...." (Art. 9).

Igualmente la Ley de Bancos contiene una serie de medidas para impedir el mal uso de los dineros captados del público, prohibiendo los créditos, contratos, avales, adquisición de valores por parte de personas que tengan relación directa o indirecta con la administración o con la propiedad de la respectiva institución bancaria, "en un monto que exceda el 5% del capital social pagado y reservas de capital de dicha institución" (Art.203); el grado de relación se determina con base a los parámetros que establece el Art. 204, sumando la participación patrimonial del accionista, director o gerente, la de su cónyuge y parientes dentro del primer grado de consanguinidad.

Las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro deben también registrarse en el Registro de Asociaciones y de Fundaciones, sus libros contables deben autorizarse y están sujetos a auditoria por el Registro. Así mismo, como medida preventiva el Art. 9 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en reciente reforma (27 de septiembre de 1999), establece la obligación de las corporaciones y fundaciones de utilidad pública de informar a la Dirección General de Impuestos Internos toda donación que reciban dentro del plazo de un mes de la fecha del donativo y el monto de la donación, así como la identificación y número de identificación tributaria del donante.

Sin embargo, el Código de Comercio no establece controles específicos como los requiere la convención al igual que no los ejerce la Ley de la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles, debido a que es un

organismo obsoleto y sin recursos.

5.1.4 Medidas referidas a los ciudadanos:

- Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.¹⁹³

La sociedad civil tiene un papel muy importante que jugar en el control de la corrupción pero para ello debe fortalecerse; es necesario que el Estado promueva la participación de esta en el control de la corrupción, pese a ello los mecanismos que involucran a los ciudadanos no están desarrollados, ya que no se ha estimulado la participación de los mismos ni de las organizaciones gubernamentales en este campo. Existen algunas disposiciones en las diferentes leyes, que regulan escasamente ciertos mecanismos, como es el caso de la Dirección de Mercadeo Institucional de la Corte de Cuentas que tiene entre sus funciones, recibir y analizar las denuncias ciudadanas y trasladarlas a donde corresponde. (Art. 22, numeral 10 Reglamento Orgánico Funcional de la Corte de Cuentas).

También la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y Defraudación de la Renta de Aduanas, estimula a los particulares para que denuncien y hagan posible el decomiso de mercaderías en algún contrabando o defraudación de la Renta de Aduana. También dispone en su Art. 33 un estímulo para los agentes de autoridad que decomisen algún contrabando en tránsito.

¹⁹³ idem.

La Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador, establece en su Art. 9 que "cualquier interesado", puede denunciar una incompatibilidad de las que señala la ley para que pueda desempeñarse en el Consejo Directivo, como miembro del mismo. Lo anterior empleando la creación de comités de ética en cada Ministerio, que propician el fomento de la virtud y la ética en la educación pública; así como, disponer de teléfonos especiales para denunciar la corrupción e incentivar a través de la creación de un premio nacional para el empleado o funcionario más probo, etc.

- Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.¹⁹⁴

Realmente no existen disposiciones como las señaladas en el Convenio para proteger a los funcionarios o particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción. En este sentido la Constitución no contiene una norma específica; simplemente establece en el Art. 241 que los funcionarios públicos, civiles y militares que tengan conocimiento de delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados, que lo comuniquen inmediatamente a las autoridades competentes para su juzgamiento, y si no lo hicieren oportunamente, serán considerados como encubridores e incurrirán en las responsabilidades penales correspondientes.

Por otro lado, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos crea un patrimonio especial para financiar un programa de protección de testigos "en la investigación de actividades delictivas relacionadas al lavado de dinero y de

¹⁹⁴ idem.

activos", de conformidad con el Art. 23 literal b). A este fondo se le asignarán los recursos provenientes de la liquidación de bienes "comisados de ilegítima procedencia". Esta ley por lo demás, excluye de responsabilidad penal a las personas naturales o sus representantes legales, que informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados por la misma.

La corrupción en el gobierno, en las empresas y en cualquier organización social es una actividad que generalmente se mantiene oculta y en muchos casos la complicidad, el miedo a presentar una denuncia y la habitual discreción de los involucrados consiguen cubrir los rastros del perjuicio.

En síntesis, en El Salvador es necesaria la presencia de políticas públicas para combatir el fenómeno de la corrupción, que tomen en consideración políticas preventivas que tiendan a disminuir los incentivos para que los funcionarios públicos adulteren el ejercicio de sus funciones en el interés privado; a la vez, debe estimularse la eliminación de procesos jurídicos que entorpecen, tanto la actividad pública como la privada y que incentiva el comportamiento que procura utilizar el aparato público en beneficio privado. Así mismo, es importante mencionar que la revisión de las consecuencias dañosas frente a las actuaciones corruptas, es un elemento importante de política pública, para la creación de medidas represivas hacia este tipo de actos, además de la necesidad de orientación a través de políticas educativas ya que todo programa tendiente a rescatar y promover los valores en el servicio público es importante que sea desarrollado desde los niveles iniciales de la educación formal e informal.

Respecto de los postulados establecidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, aun no existe iniciativa de los agentes políticos y encargados de hacer cumplir dicho convenio; para la creación de una ley que

desarrolle el cumplimiento de los propósitos del mismo y menos aun la creación de un ente que vigile y lleve a la práctica su cumplimiento.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1 CONCLUSIONES.

- 6.1.1 La implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en El Salvador, no ha generado un decrecimiento en los actos de corrupción en la gestión pública, sino que paulatinamente crecen el número de sucesos vinculados con la misma.
- 6.1.2 El Salvador es un país que muestra un desarrollo veloz en la ratificación e implementación de leyes anticorrupción, pero lento e ineficaz en el cumplimiento de las mismas.
- 6.1.3 El impacto político de la corrupción se produce a través de diferentes factores, que se reflejan en nuestro país en las tantas situaciones que favorecen el desarrollo de la corrupción y que se encuentran vigentes en la administración pública, siendo una de las mas frecuentes el nepotismo.
- 6.1.4 El mal manejo de la administración pública se debe en gran medida a la incapacidad e incompetencia de los funcionarios públicos para desarrollar eficazmente sus funciones.
- 6.1.5 En el Código Penal Salvadoreño no existe ninguna reforma posterior a la ratificación de la Convención Interamericana contra

la Corrupción, que haya abierto espacio a los postulados en ella determinados.

- 6.1.6 Las inmunidades e inviolabilidad constituyen privilegios procesales para determinados funcionarios que la ley expresamente establece en el país la forma en que se ejerce la función pública ha desnaturalizado este privilegio, siendo la practica de estos un medio que facilita la impunidad de la que se valen los funcionarios públicos para cometer corrupción.
- 6.1.7 El control político es la actividad que lleva a cabo un órgano para determinar si los entes públicos cumplen el ordenamiento jurídico al cual se encuentran sujetos; sin embargo los entes contralores en el país no ejecutan el papel para el que fueron diseñados, ya que responden a fracciones partidarias y fiscalizan de acuerdo a jerarquía política.
- 6.1.8 La reacción social ante la corrupción resulta nula, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para la protección de la sociedad civil que denuncie los actos de corrupción de los funcionarios públicos.
- 6.1.9 La funcionalidad de la administración de justicia en relación con los medios de comunicación y las instituciones gubernamentales, hacen que la opinión pública, sea un mero receptor de la información brindada por estos.
- 6.1.10 La voluntad política juega un papel importante en la toma de decisiones en un país, para atacar de forma sistémica las causas

y efectos de la corrupción, ya que su ausencia se proyecta en el desuso de iniciativa de ley por parte de los funcionarios facultados para ejercerla.

6.1.11 La dispersión de los entes contralores impide la aplicación de un criterio y control único en la represión de los actos de corrupción practicados por los funcionarios públicos.

6.1.12 En el plano Administrativo, existen diversas leyes que regulan aspectos similares a las medidas previstas por la Convención Interamericana contra la Corrupción; sin embargo, dicha normativa es de carácter anacrónico, por lo que cumple de forma precaria las medidas y propósitos establecidos por este tratado.

6.1.13 El Estado de El Salvador adquirió un serio compromiso con la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el cual aun no ha sido cumplido por falta de voluntad política, lo cual puede acarrear a una sanción de carácter internacional por parte de la Corte Interamericana y de la OEA.

6.2 RECOMENDACIONES.

- 6.2.1 Es necesario que se verifique el cumplimiento de los postulados y recomendaciones que la Convención Interamericana contra la Corrupción a través un organismo competente delegado, para que de forma progresiva se alcancen los propósitos que la misma establece.
- 6.2.2 Se recomienda la implementación de estrategias que permitan el cumplimiento de las leyes y convenios anticorrupción vigentes en el país, de tal manera que puedan atacar los diferentes sectores de la Administración Pública en los que se hace propicio el cometimiento de actos corruptos.
- 6.2.3 Es necesaria la creación de sistemas de selección de funcionarios que impida el ingreso a la Administración Pública de personajes llamados a formar parte de ella en virtud de relaciones parentales o de afinidad; además que permitan el control de calidad ética del funcionario público.
- 6.2.4 Es importante la capacitación para un excelente desempeño del funcionario en sus labores, por lo que se recomienda que al igual que se realizó la innovación de una escuela de capacitación judicial para la preparación de jueces, se realice la creación de una escuela de capacitación para personas interesadas en ejercer la función pública, de modo que sea el filtro para funcionarios incompetentes.

- 6.2.5 Es determinante la ejecución de iniciativa de ley, de parte de los facultados para ejercerla, respecto de la creación de reformas penales y procesales que lleven a la práctica los postulados enunciados en la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- 6.2.6 Se recomienda la creación de un ente apolítico que vigile la aplicabilidad e inaplicabilidad de las inmunidades que poseen los funcionarios de alto rango.
- 6.2.7 Los entes contralores juegan un papel importante en la transparencia de la Administración pública, por lo que es conveniente que los funcionarios que presiden estas instituciones, no formen parte de una fracción política, que les pueda hacer caer en el juego de acuerdos políticos.
- 6.2.8 Es importante la creación de un sistema de protección para testigos que impida que estas personas sean perjudicadas por denunciar actos de corrupción.
- 6.2.9 Es necesario que los medios de comunicación brinden a la sociedad civil la información veraz, a través de un periodismo profesional, por ello se recomienda la creación de mecanismos de control de calidad del desempeño de los profesionales en la comunicación.
- 6.2.10 Se realiza un llamado al proceso de construir voluntad política en los funcionarios públicos; además de crear conciencia política en la sociedad civil, para que estos demanden reformas o creación

de leyes, a través de monitoreos por organismos civiles que los vincule al proceso de reforma en el país.

6.2.11 Es necesaria la unificación de los entes contralores en un ente exclusivo destinado a la vigilancia y represión de los actos ímprobos de sus protagonistas políticos.

6.2.12 Para dar fiel cumplimiento a lo estipulado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, es necesaria la creación de reformas a la normativa administrativa vigente que se adecue a lo enunciado por dicho tratado.

6.2.13 Es necesario que el Estado de El Salvador a través del Órgano Ejecutivo, empiece a dar fiel cumplimiento a los postulados de la CICC, realizando todos los actos tendientes a la ejecución del mismo.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ABINADER, Rafael: “La Corrupción Administrativa en Republica Dominicana”, Republica Dominicana, Editora Alfa y Omega, 1986.

ARRIETA GALLEGOS, Manuel: “Programa y Estudios Complementarios de la Constitución Política”, San Salvador, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1972

BERALDI, Carlos Alberto: “Control de la Corrupción mediante la desregulación, Pena y Estado”, Buenos Aires, 1995.

BIELSA, Rafael: “Estudios de Derecho Publico”, T. IV, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962.

BIELSA, Rafael: “Derecho Administrativo”, T. III, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1964.

CARRARA, Francisco: “Programa de Derecho Criminal”, Parte Especial, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1956.

CARRERA, Daniel P.: “Peculado”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968.

CONSEJO DEL PODER JUDICIAL: “Delitos de Funcionarios Públicos”, Madrid, Editorial Solena e hijos, Madrid, 1994.

COMISION COORDINADORA DEL SECTOR JUSTICIA: “Glosario de Términos Jurídicos para Comunicadores UTE”, Editorial UCA, 1990.

CREUS, Carlos: “Derecho Penal”, Parte Especial, T. II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.

CREUS, Carlos: “Delitos Contra la Administración Publica”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.

CUELLO CALON, Eugenio: “El Nuevo Código Penal Español”, Barcelona, Editorial Bosh, 1930.

CUELLO CALON, Eugenio: “Derecho Penal”, Parte Especial, T. II, Barcelona Editorial Bosh, 1952.

ESCOBAR, Raúl Tomas: “El crimen de la Droga”, Buenos Aires, Editorial Universal, 1995.

FERREIRA DELGADO, Francisco José: “Delitos Contra la Administración Publica”, Colombia, Editorial Temis, 1985.

FONTAN BALESTRA, Carlos: “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1980.

FONTAN BALESTRA, Carlos: “Derecho Penal”, Parte Especial, Buenos Aires, Edición Abeledo Perrot, 1980.

FRAGA, Gabino: “Derecho Administrativo”, Libro IV, México, Editorial Porrúa, 1994.

GARCIA ITURBE, Arnoldo: "Delitos contra la Cosa Publica y contra la Administración de Justicia", Venezuela, Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1988.

GONZALES FLORES, Enrique: "Manual de Derecho Constitucional", México Librería Porrúa, 1958.

KIITGARD, Robert: "Controlando la Corrupción", La Paz, Bolivia, Editorial Quipus, 1990.

MAGGIORE, Giuseppe: "Derecho Penal", Parte Especial, Colombia, Editorial Temis, 1985.

MOLINARIO, Alfredo J.: "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Editorial Argentina, 1996.

NUÑEZ, Ricardo: "Derecho Penal", T. VII, Buenos Aires, Editorial Lerner, 1974.

LEVENE (h.), Ricardo: "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, Buenos Aires, 1976.

LOPEZ, Oswaldo L.: "Manual de Derecho Procesal Penal de Chile", 3a Edición, Santiago de Chile, Editorial Edin, 1951.

LOZANO, Juan y MERINO DINAR, Valeria: "La Hora de la Transparencia en América Latina", El Manual de Anticorrupción en la Función Publica, Ediciones Juan Granica S.A., 1994.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier: "Proceso Penal en la Jurisprudencia", T. I y II. San José, 2001.

OLIVERA TORO, Jorge: "Manual de Derecho Administrativo", México, Editorial Porrúa, 1997.

PERFECTO IBAÑEZ, Andrés: "Corrupción: necesidad, posibilidad y límites de la respuesta judicial", Buenos Aires, 1996.

RAMOS MEJIA, Enrique: "El Delito de Concusión", Buenos Aires, Editorial Roque de Palma, 1963.

RAINERI, Silvio: "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, T. III, Colombia Editorial Temis, 1975.

RUEDA, Luís: "Código Penal Comentado", El Salvador, Editorial Justicia de Paz, 1999.

SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", T. V, Buenos Aires, Editorial Tea, 1951.

SERRA ROJAS, Andrés: "Derecho Administrativo", México, Editorial Porrúa, 1985.

TENORIO, Jorge Eduardo: "La Hora de la Justicia", San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 1999.

ZAFFARONI, Rafael Eugenio: "Manual de Derecho Penal", Parte General, México, Editorial Cárdenas, 1988.

TESIS

PISZK FEINZILBERK, Sandra y otros: "Inmunidad Parlamentaria", Inversiones Benzoni Fuentes, Costa Rica, 1995.

LEGISLACION

Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos, Convención Interamericana contra la Corrupción, Editorial Zas, Honduras, 1998.

Centro de Información de la Superintendencia del Sistema Financiero, Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.

Código Penal, Publicaciones Corte Suprema de Justicia, 1988.

Código Penal de El Salvador, Decreto Legislativo N° 1030, Publicado en el D.O. N° 105, Tomo 335 , del 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 904, D.O. 11, Tomo 334, de Fecha del 20 de enero de 1997.

Código de Ética del Servidor de la Corte de Cuenta de El Salvador, Decreto de Corte de Cuentas S/N, D.O 53, Tomo 350, del 14 de marzo 2001.

Código de Conducta de la Policía Nacional Civil, Decreto No. 269, Diario Oficial No. 144, Tomo 316, del 25 de junio de 1992.

Constitución de la Republica de El Salvador, Decreto Legislativo N° 38, Publicado en el D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de Diciembre de 1983.

Disposiciones Generales Sobre Presupuestos, Decreto Legislativo N° 3, D.O. 239, Tomo 281, 23 de diciembre de 1983.

Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, Constitución Explicada de El Salvador, Edición FESPAD, El Salvador, 1983.

Groizard, Alejandro y Gómez de la Serna, Código Concordado y Comentado, Salamanca, 1891.

Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, Decreto No. 894, Diario Oficial No. 238, Tomo 333 del 17 de diciembre de 1996.

Ley de Bancos, Decreto N° 697, D.O. 181, Tomo 344, 2 de Septiembre de 1999.

Ley de Impuesto sobre Transferencia de Bienes Raíces, Decreto No. 552, del 18 de diciembre de 1986, D. O. No. 239, Tomo 293, del 22 de diciembre de 1986.

Ley de Impuesto sobre la Renta, Decreto no. 134, D. O. No. 242, Tomo 313, 18 de Diciembre de 1991.

Ley de Lavado de Dinero y de Activos, Decreto No. 498, D. O. No. 240, Tomo 341 del 23 de diciembre de 1998.

Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, Decreto Legislativo N° 628, D.O 278, Tomo 309, 22 de Noviembre de 1990.

Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos Decreto No. 451, Diario Oficial No. 165, Tomo 236 del 6 de septiembre de 1972.

Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y Defraudación de la Renta de Aduanas Decreto No. 173, Diario Oficial No. 147, Tomo No. 192 del 16 de agosto de 1961.

Ley Sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, Decreto Legislativo No 2833, D.O. 87, Tomo No 183, del 2 de Octubre de 1959.

Ley de Suministros para el Ramo de Salud Publica, Decreto legislativo N° 1083, D.O. 67, Tomo 275, 14 de Abril de 1982.

Ley del Servicio Civil, Decreto 507, Diario Oficial No. 56, Tomo 128 del 7 de marzo de 1940.

Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, Decreto No. 296, D. O. No. 143, Tomo 316 del 31 de julio de 1992.

Ley de la Corte de Cuentas de la Republica, Decreto No. 438, Diario Oficial No. 176, Tomo 328, del 25 de septiembre de 1995.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Decreto Legislativo N° 81, D. O. 236, Tomo 261, 19 de Diciembre de 1978.

Ley de la Superintendencia de Sociedades y Empresas Mercantiles Decreto No. 448, Diario Oficial No. 201, del 21 de octubre de 1973, Tomo 241.

Probidad, Corte Suprema de Justicia, Anteproyecto de Ley de Probidad, El Salvador, 1996.

Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, Decreto Legislativo No 11, D.O. 17, Tomo 282, 24 de Enero de 1984.

Soler, Sebastián, Proyecto de Código Penal, Buenos Aires, Cita de Exposición de Motivos al Anteproyecto, 1978, Bogota, Imprenta Nacional.

Supremo Poder Ejecutivo, Código Penal, Republica de El Salvador, 1854.

Supremo Poder Ejecutivo, Código Penal Republica de El Salvador, Tipografía La Luz, 1893.

DICCIONARIOS

ABELLAN HONRUBIA, Victoria: “Enciclopedia Jurídica Básica”, Tomo IV, Editorial Civitas, 1995.

CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo VI, Argentina Editorial Heliasta, 1998.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S. R.L., 1996.

CABANELLAS, Guillermo: "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo IV, Argentina, Editorial Heliasta, 1998.

DE PINA VARA, Rafael: "Diccionario de Derecho", México, Editorial Porrúa, 1996.

"Diccionario Jurídico Espasa", España, Editorial Espasa Calpe, 1999.

GARRONE, José Alberto: "Diccionario Jurídico", Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1993.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS: "Diccionario Jurídico Mexicano", México, Editorial Porrúa, 1988.

MOUNTON, Luis: "Enciclopedia Jurídica Española", T. XVI, Barcelona, Editor Francisco Seix, 1919.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: "Diccionario de la Lengua Española", España-Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1970.

WILTON M., Nelson: "Nuevo Diccionario Ilustrado de la Biblia", Costa Rica, Editorial Caribe, 1974.

REVISTAS

BULIT GONIT, Robert J.: "Lavado de Dinero en la Legislación y Jurisprudencia Americana", Revista Jurídica la Ley, Buenos Aires, 1990.

NACIONES UNIDAS: “Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”. Cuba 27 de agosto-7 de septiembre, 1990.

SÁNCHEZ, ANTONIO BENITO: “Las Inmunidades Diplomáticas”, Revista Justicia de Paz N° 6, Volumen II, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, Mayo- Agosto, El Salvador, 1994.

SECRETARIA DE LAS NACIONES UNIDAS: “Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, Informe preparado por la Secretario de las Naciones Unidas Milán, 26 de agosto-6 de septiembre, 1985.

UNIÓN PARLAMENTARIA, SECRETARIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: “Documentos y Notas sobre Privilegios e Inmunidades con Referencia Especial a la Organización de los Estados Americanos”, Washington, Junio 1968.

INTERNET

“Algunos Papas de la Edad Media”, fecha de documento 28-09-2003, (<http://www.cristianismo-primitivo.org/>), consulta 9-05-2005.

ARROYO ZAPATERO, Luis y MARTIN LOPEZ, Maria Teresa: (fecha desconocida). “Derecho penal económico”, (<http://www.uclm.es>), consulta 28-01-2006

BRAN, Sergio: “Ética Municipal en El Salvador”, (<http://www.revistaprobidad.info>), consultada 20-10-2005.

CITRO, Gladis: "Evolución Histórica del Derecho Penal", publicación 25-08-03 (<http://www.monografias.com>), consulta 9-05-2005.

HERNANDEZ, Alfredo: La Prensa Grafica : "Desvió fondos en créditos falsos Estafan a FONAVIPO por ¢20 millones", (<http://archive.laprensa.com.sv>), consulta 18-05-2005.

Intervención del Secretario General de la OEA en la Conferencia de los estados parte de la CICC. Buenos Aires, Argentina, 2 de mayo 2001, (<http://www.ius.gov.ar>), consulta 25-05-2005.

JEREZ, Aníbal: "Glosario de la corrupción y la Transparencia Latinoamericana" (<http://Probidad.org>). Consulta 08-06-2005.

"La Historia y sus Protagonistas", Ediciones Dolmen, 2001 (<http://www.idg.es>), consultada 4-05-2005.

MARIN, Guillermo: "La Corrupción como Fenómeno Universal", (<http://www.revistaprobidad.info>), consulta 03-06-2005.

Naciones Unidas, "Como nos Afecta la Corrupción?", (<http://www.cinu.org.mx>), consulta 20-05-2005.

Naciones Unidas, "Legislación de las Naciones Unidas contra la Corrupción", (<http://www.cinu.org.mx>), consulta 25-05-2005

NJAIM, Humberto: "Corrupción Política", (<http://.mercaba.org>) consulta 05-06-2005.

Noticias Repretel, Diario Extra Costa Rica: "Miguel Angel Rodriguez es acusado de corrupción", fecha del documento 26-10-2004 (<http://probidad.org>), consulta 13-05-2005.

Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, (<http://193.194.138.190/spanish/html/menu3>), consulta 23-05-2005.

Organización de Estados Americanos.: “Prácticas Corruptas en el Comercio Internacional”, AG/RES. 1159, 22 de Mayo de 1992, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

Organización de Estados Americanos: “Probidad y Ética Pública”, AG/RES. 1294, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

Organización de Estados Americanos: “Declaración de Belén do Para”, AG/RES. 6 de Junio de 1994, (<http://www.oas.org>), consulta 25-05-2005.

Organización de Estados Americanos: “Recomendación del Consejo Permanente a los Estados Parte sobre el Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la CICC”, 18 de enero de 2001, (<http://www.jus.gov.ar>), consulta 1-06-2005.

REZA NESTARES, Carlos: “Crimen Organizado Trasnacional”, (<http://www.uam.es>.) consulta 08-06-05

SALAMANCA, Pedro Antonio: “La eficaz gestión de los negocios públicos”, diario colatino publicada 22-dic-04 (<http://www.diariocolatino.com>), consulta 22-08-2005.

SALINAS, Maria Elena: “Lista de Presidentes Corruptos”, (<http://rdnoticias.com>), consulta 13-05-2005.

ZAVALA EGAS, Zavier: “La Corrupción Política: El Caso de Ecuador”, (<http://www.clad.org.ve/zavala.html>). Consulta 08-06-2005.