

La Oficina de Probidad Pública

Jaime López

me@jaimelopez.name

Enero de 2000

Resumen

La probidad pública es un tema por el que se ha hecho muy poco en El Salvador. Es común escuchar críticas cuestionando los actos incorrectos de los funcionarios y empleados públicos, pero difícilmente estas trascienden al caso particular que las originó y mucho menos a la construcción de las normas y valores que rijan la conducta de estos servidores y de los mecanismos para garantizar su aplicación. En ese sentido es muy interesante conocer los proyectos desarrollados por la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, que se ha puesto la tarea de impulsar reformas en esta materia.¹

1. La Sección de Probidad y el enriquecimiento ilícito

La Sección de Probidad es una dependencia de la Corte Suprema de Justicia que se encarga de aplicar la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos.

En 1948, después del golpe de estado que derrocó al Presidente Salvador Castaneda Castro, el Consejo de Gobierno que asumió el poder emitió un decreto de inmovilización de bienes y luego estableció un Tribunal de Probidad

¹La información presentada en este trabajo ha sido tomada de documentos de trabajo proporcionados por la Sección de Probidad y de entrevistas con funcionarios de esa oficina.

que tenía la finalidad de recuperar el dinero que los funcionarios y empleados públicos habían obtenido sin causa justa en las gestiones anteriores.

En la Constitución de 1950, se incorporó la prohibición para los funcionarios y empleados públicos de enriquecerse ilícitamente y en 1959 fue creada la ley que regula la materia.

La Constitución de 1983 expresa que:

Art. 240

Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en éste artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

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

La Sección de Probidad recibe las declaraciones juradas de los funcionarios. Hace una comparación entre la que hubieren presentado al tomar posesión de sus cargos y la presentada al finalizar su período, y trata de establecer el incremento patrimonial de su grupo familiar comparado con los sueldos, emolumentos e incrementos de capital obtenidos legalmente. Si existe diferencia entonces se presume enriquecimiento ilícito y se inicia un juicio especial para establecer su existencia.

2. Escenarios de reforma

La Sección de Probidad ha trabajado en varias propuestas, considerando el interés que podría despertar el tema y la voluntad política que se requiere para implementar este tipo de reformas.

Las propuestas elaboradas por la Sección de Probidad consideran tres posibles escenarios:

- Posibilidad de una reforma constitucional relativa a la probidad pública;
- Una nueva ley de probidad que se enmarque dentro la normativa constitucional vigente (limitada al enriquecimiento ilícito); e
- Instrumentos administrativos para viabilizar la aplicación de la ley vigente, en caso de no aprobarse una nueva ley.

3. Reforma constitucional

En realidad la Sección de Probidad aún no ha elaborado una propuesta concreta de reforma constitucional, en su lugar ha preparado una reflexión en la que se desarrollan algunos elementos que podrían ser incorporados en esa reforma. El tema tiene muchas complicaciones, principalmente porqué en El Salvador no existe un referente preciso de lo que debe ser la probidad pública, cada quien tiene su propia opinión al respecto, generalmente influenciada por valoraciones políticas, ideológicas o religiosas.

La corrupción tiene tantas dimensiones que es imposible tratar de combatirla con un enfoque exclusivamente legal. La probidad pública incluye una dimensión jurídica mediante la cual se puede normar la conducta esperada a manera de obligaciones y una dimensión ética relacionada con el "deber" reflejada en un conjunto de valores. El problema consiste en encontrar una forma de institucionalizar esa dimensión ética.

A continuación se citan algunos párrafos extraídos de la reflexión preparada por la Sección de Probidad.

Se intenta hacer una nueva aproximación a la promoción y defensa de la probidad pública, mediante un instrumento que no se limite al ámbito jurídico, aunque, no ignore las posibilidades de él, ni muchos menos atente contra el estado de derecho, como necesidad para la convivencia que ha sido conquistada por la humanidad; sino por el contrario, pretenda darle vigencia al contenido ético que subyace en el ordenamiento legal y active nuevas formas de participación ciudadana en la transparencia necesaria a los asuntos relevantes a la colectividad.

Por supuesto, no se considera la posibilidad de suspender la vigencia del orden jurídico so pretexto de promover un sistema ético, lo que se trata es de obtener una nueva dimensión de conocer y valorar la conducta ilícita, y al establecer la convicción de su existencia, asignarle la sanción moral que el señalamiento público implica.

Para que pueda valorarse la dimensión ética de la conducta de los servidores públicos, es necesario que el comportamiento de estos sea reconocido precisamente como público y que se les limite la posibilidad de encubrir sus actos. Los servidores públicos no pueden gozar de las mismas consideraciones que las personas comunes, su acceso al poder y la capacidad que tienen de dañar con sus actos a la colectividad exigen que se les otorgue un tratamiento diferente.

Es necesario recalcar la imposibilidad de considerar la dimensión ética de una persona común, quien por todo tipo de consideraciones está protegida por el respeto a la intimidad y pertenece al fuero inviolable de la persona, sino de aquellas que por voluntad

propia han decidido desempeñar el papel de "servidores públicos", cuyo desempeño adecuado y honesto de ese "servicio", debe ser sometido constantemente al escrutinio público precisamente para legitimar, calificar y justificar su existencia.

Antes que pueda valorarse la dimensión ética de la conducta de los servidores públicos, deben definirse cuales serán los parámetros o las fuentes criterio para hacer esa valoración.

Si esos parámetros son definidos por una pequeña elite o son influenciados por intereses políticos o particulares, entonces la valoración de la dimensión ética seguramente se convertirá en un atropello a la conciencia pública.

La Sección de Probidad plantea, y esa es una de las ideas más atractivas de sus reflexiones, que sea a través de una consulta popular que se establezcan "los parámetros fundamentales de la moral pública" que esa consulta sea periódica para que ese conjunto de valores puedan ir evolucionando junto a las exigencias del cuerpo social.

La institución estará obligada a diseñar, realizar y publicar una amplia consulta ciudadana para establecer los parámetros fundamentales de la moral pública. Esta consulta deberá hacerse cada cinco años.

Las nuevas tendencias del ordenamiento social han revitalizado la participación de la sociedad civil en la conducción de los asuntos públicos, por lo que se piensa que enmarcando dentro de la ley esa participación, podrían obtenerse beneficios que históricamente han probado su eficacia - como la institución del jurado - o que actualmente juegan un papel importante en el quehacer social, como es el caso de las organizaciones no gubernamentales.

Se trata de complementar el papel de la Ley con otros instrumentos y de incorporar institucionalmente al Sector Público, la responsable y creativa participación de la sociedad civil en el control de la conducta de las personalidades públicas.

Finalmente se plantea el modelado de la institución que será responsable de hacer las valoraciones éticas en representación de la Sociedad, fundamentando sus juicios en los parámetros fundamentales definidos a través de las consultas populares.

La Sección de Probidad sugiere la creación de una institución de rango constitucional integrante del Ministerio Público dotada de independencia y responsable ante la Asamblea Legislativa. Las funciones de esa institución serían:

- Servir de última instancia ética institucional;
- Ser el referente moral de la República;
- Definir las conductas antiéticas o dudosas;
- Calificar la probidad de la conducta de los servidores públicos y de las personas que están supuestas a prestar servicios importantes a la colectividad;
- Promover el comportamiento ético que, más allá de la obligatoriedad legal, es deseable y razonable esperar; y
- Ser un aval moral para los funcionarios honrados.

Más específicamente dicha Institución podrían actuar en los siguientes casos:

- Investigación del enriquecimiento ilícito de todos los funcionarios y empleados públicos;
- Emitir opinión acerca del manejo ético de las licitaciones y compras del Estado;
- Emitir opinión sobre la dimensión ética de la ejecución del presupuesto estatal;
- Emitir opinión sobre la dimensión ética de la ejecución de las leyes relacionadas con la carrera administrativa de funcionarios y empleados públicos;

- Emitir opinión de la calidad moral que fuere requerida por la ley para ejercer un cargo público;
- Emitir opinión sobre la dimensión ética de determinados aspectos del funcionamiento interno de los partidos políticos;
- Emitir opinión sobre la dimensión ética de determinados aspectos del funcionamiento de ONGs;
- Opinar sobre los códigos de ética que estableciera cualquier tipo de asociación;
- Opinar sobre la existencia de conflictos de intereses en el manejo de la cosa pública, a petición de cualquier ciudadano;
- Opinar sobre la dimensión ética del desempeño de los funcionarios y empleados públicos;
- Estudiar y proponer legislación relacionada con la probidad pública; y
- Promover la ética pública y privada por todos los medios posibles.

Se propone que el titular o los titulares sean electos por las dos terceras partes de los diputados electos (56), de ternas propuestas por la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y las iglesias del país, con un período de diez años en el cargo y que solo pueda(n) ser removido(s) por causas específicas y por el mismo número de diputados que lo(s) eligieron. También se considera la existencia de un consejo asesor integrado por representantes de universidades, asociaciones laborales y empresariales que emitan opiniones.

La Institución tendría competencia en toda la República y sobre las actuaciones de cualquier persona vinculada de alguna forma con el Estado, los municipios y las instituciones públicas, así como de las instituciones privadas cuyo funcionamiento sea relevante para la vida nacional. No podrá emitir opiniones mientras existiera un proceso jurídico (juicios, antejuicios, procedimientos administrativos, etc.)

Sus investigaciones y conclusiones no serán vinculantes y actuará por regla general a petición de parte, además serán públicas y razonadas. Las

actuaciones deberán otorgar el derecho a la audiencia y sus resoluciones serán inapelables.

Se sugiere que la Institución tenga una organización reducida, con acceso legal a todas las bases de datos del aparato estatal o municipal y que pueda apoyarse en la infraestructura física y humana del Órgano Judicial, alcaldías y gobernaciones departamentales.

4. Propuesta de Ley de Probidad Pública

En caso de no darse una reforma constitucional, la Sección de Probidad ha elaborado una propuesta para una nueva ley enmarcada en el marco constitucional actual, que sustituya a la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos (1959).

La propuesta de Ley de Probidad Pública incorpora las siguientes innovaciones, aunque debe tenerse presente que está restringida al ámbito del enriquecimiento ilícito:

- Extensión del enriquecimiento ilícito a casos que no dañen directamente el erario público;
- Prohibición a los servidores públicos de aceptar cualquier generosidad cuya motivación sea inducir en determinado sentido el ejercicio de las funciones públicas;

Se prohíbe a los servidores públicos aceptar para sí o para terceras personas, cualquier modalidad de regalos, atenciones, liberalidades o concesiones, tengan ó no dimensión económica, cuando no exista una motivación fácilmente distinguible del interés de inducir un determinado ejercicio de las funciones públicas, a que pudiera responder tal generosidad. La aceptación anterior, además de las sanciones correspondientes, será considerada enriquecimiento ilícito. Art. 5, párrafo tercero

- Establecimiento de parámetros de normalidad del enriquecimiento ilícito en diversas categorías de funcionarios;

Para la consideración de la normalidad a que se refiere la presunción anterior se tomará en cuenta las estadísticas de incrementos porcentuales que experimenten los patrimonios de las diversas categorías de servidores públicos en que sea clasificadas de acuerdo a los criterios siguientes:

- Importancia de las funciones;
- Tipo de relación con el quehacer patrimonial público; y
- Cuantificación presupuestaria de las respectiva institución.

Las particulares circunstancias patrimoniales del servidor público y de su grupo familiar, servirán para ponderar su caso con la normalidad de la categoría de la que pertenezca, de acuerdo a los anteriores criterios..^{Art. 7}

- Aplicación del sistema de la sana crítica a todo lo relacionado con la probidad pública;
- Organización funcional de la Sección y de su personal que garanticen la eficiencia y transparencia de sus actuaciones;
- Atribución a la Sección de la promoción, difusión y discusión de una cultura de probidad y de los mecanismos y proyectos de legislación que sean pertinentes;
- Obligación de todas las instituciones públicas y personas privadas de facilitar toda la información necesaria para la investigación del enriquecimiento ilícito y establecimiento de sanciones por el incumplimiento de esta obligación;
- Publicidad de todo lo relacionado a la aplicación de la ley a excepción del contenido de la declaración patrimonial;

El contenido de las declaraciones es de carácter reservado, sin embargo la Sección hará del conocimiento público todos los incumplimientos de las obligaciones establecidas en esta ley y de sus reglamentos, así como las estadísticas y datos de carácter general, procedimientos iniciados, diligencias realizadas, sanciones impuestas y todo lo necesario para asegurar

la transparencia del desempeño de las funciones públicas, y de la aplicación de la legislación pertinente. Art. 42.

- Presentación anual de la declaración de patrimonio;
- Seguimiento constante del incremento patrimonial y reportes del mismo por notarios y registradores;
- Obligaciones diferenciadas para la declaración patrimonial en atención a las diferentes categorías de servidores;
- Mecanismos que faciliten la precisión y control del universo de obligados a presentar declaración patrimonial;
- Responsabilidad solidaria de los titulares de las instituciones públicas en cuanto a las obligaciones de sus subalternos relacionadas con la Ley de Probidad;
- Procedimiento expedito para la imposición de sanciones, las cuales son significativas;
- Establecimiento de plazos para que el tribunal resuelva, entendiéndose que de no hacerlo se absolverá al encausado, haciéndose del conocimiento público esta circunstancia; y
- Estímulo de la denuncia popular.

5. Instrumentos administrativos

El tercer escenario que ha proyectado la Sección de Probidad consiste en la elaboración de instrumentos administrativos que viabilicen la aplicación de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios y Empleados Públicos. Este escenario es el aplicable en caso de que la Asamblea Legislativa no haga nada por aprobar una reforma constitucional o una nueva ley.

Los instrumentos administrativos son los siguientes:

- Nuevo formulario de declaración jurada;

- Instructivo para la declaración jurada del patrimonio;
- Instructivo para los titulares de las instituciones públicas, que deben reportar los nombramientos y censantías de los funcionarios sujetos a la Ley;
- Anteproyecto de reglamento;
- Organigrama de la Sección de Probidad;
- Flujograma de análisis de información contenida en la declaración patrimonial;
- Manual de verificación de información, correspondencia y archivo;
- Sistema informático;
- Manual de comunicaciones;
- Manual de procedimientos para la imposición de multas; y
- Manual de funciones del personal.

6. Poco interés por las reformas

En el primer semestre de este año se despertó un debate en torno a la Ley de Enriquecimiento Ilícito, fundamentado en el cambio de gabinete de gobierno en el mes de junio y la elección de funcionarios de segunda grado, en el que se señalaba la obsolescencia e ineficiencia de dicha legislación y la necesidad de impulsar reformas. Sin embargo, después de esa coyuntura, el tema no ha sido tocado nuevamente por la Asamblea Legislativa, instancia de la que dependen esas reformas.

El nuevo Jefe de la Sección de Probidad, José Eduardo Cáceres Chávez, después de sus intentos por despertar un genuino interés en este tema y la pobre respuesta obtenida, cree que la probidad pública es un concepto desconocido e irrespetado en el país, que ha servido únicamente en una dimensión agitativa y difamatoria. A su criterio casi nadie está dispuesto a dedicar unos minutos a una aproximación al tema, sino no está de por medio alguna acusación o el interés por aprovecharse de la situación.

En noviembre del año anterior, Edgardo Amaya, abogado de la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD) y colaborador de la Revista Probidad, se dio a la tarea de pedir y obtener comentarios de la propuesta de Ley de Probidad preparada por la Sección de Probidad, para lo cual se dirigió a varios abogados y entendidos en la materia. Por experiencia propia tuvo que confirmar las apreciaciones del Dr. Cáceres. Únicamente una persona respondió a su solicitud, aunque le pidió que reservara su nombre.

A pesar de la importancia que tiene el tema y la trascendencia que pudiera tener para avanzar en el proceso democrático y controlar la corrupción, ciertamente el tema no despierta un interés genuino.

7. Conclusión

Es muy satisfactorio y motivador conocer el trabajo realizado por la Sección Probidad de la Corte Suprema de Justicia, así como la integridad y voluntad que refleja el funcionario que esta a cargo de esa oficina y la de sus colaboradores.

Pero a la vez, es sumamente preocupante la falta de interés que existe por esa oficina en particular y por la probidad pública en general, corriéndose el peligro de echar a perder las iniciativas presentadas y producir frustración en las personas que han trabajado en ellas. Un escenario similar, de desinterés y frustración, fue el que siguió a la aprobación de las leyes de la Corte de Cuentas (1995), del Sistema de Administración Financiera Integrada (1995), y entre otras, del Lavado de Dinero (1999).

El tema de la probidad pública es novedoso y aún desconocido. Difícilmente avanzará sin la participación e interés de los salvadoreños. He aquí una excelente oportunidad para contribuir a la causa anti-corrupción en El Salvador, ya sea aportando ideas o acciones para hacer realidad un sistema de probidad pública que pueda ser garante de la correcta actuación de los servidores públicos.