

3-O-14

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las nueve horas y treinta minutos del día diecinueve de marzo de dos mil dieciocho.

El presente procedimiento administrativo sancionador se tramita contra el señor Manuel de Jesús Sánchez Rivera, Subdirector General de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Centros Penales, a quien se atribuye la posible infracción del deber ético regulado en el art. 5 letra c) de la Ley de Ética Gubernamental (LEG), por cuanto en el año dos mil trece habría intervenido en la contratación de su hija Keila Bezai Sánchez Méndez (f. 149 vuelto).

El íter lógico en el que se desarrollará esta resolución es el siguiente: I. En primer término es preciso abordar el principio de tipicidad como límite de la potestad sancionadora de este Tribunal; II. Posteriormente, se analizarán los elementos que integran el tipo infractorio contenido en el art. 5 letra c) de la LEG; y, III. Por último, se enunciarán las conclusiones pertinentes.

I. La LEG tiene por objeto normar y promover el desempeño ético en la función pública del Estado y del Municipio, prevenir y detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a los deberes y las prohibiciones éticas establecidas en la misma, según lo dispone el artículo 1.

Para cumplir ese propósito, entre otras funciones y atribuciones, el legislador encomendó al Pleno la obligación de tramitar el procedimiento administrativo sancionador por denuncia o de oficio, e imponer las sanciones a las personas sujetas a la aplicación de esta Ley, *que infrinjan los deberes o prohibiciones éticas* –art. 20 letra a) de la misma normativa–.

A ese respecto, conviene destacar que en virtud del principio de legalidad regulado en el art. 86 inciso 3° de la Constitución, la Administración Pública no tiene más facultades que las que le han sido conferidas expresamente por el ordenamiento jurídico.

En materia administrativa sancionadora el principio de legalidad “(...) implica la existencia de una ley escrita; que la ley sea anterior al hecho sancionado; se describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, lo que implica un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos, penas e infracciones administrativas; e impide que el juez o la administración se conviertan en legisladores” (sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad ref. 148-2014 el 20/IX/2017).

En otros términos, la observancia del referido principio requiere, entre otros aspectos, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones, es decir, la tipicidad de las conductas ilícitas y de sus correspondientes consecuencias jurídicas.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia refiere que “El *tipo infractor administrativo* constituye la construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una sanción, la cual contiene un grado de precisión y claridad que permite establecer los marcos o límites de tal construcción (...) El denominado *juicio de tipicidad* alude a la *adecuación* de la conducta observada por el

supuesto infractor de la norma jurídica, con los elementos descriptivos de un determinado tipo infractor” (sentencia dictada en el proceso 286-2007 el 17/VII/2013).

A ello agrega la citada Sala que al momento de realizar tal adecuación normativa, las autoridades administrativas sancionadoras se encuentran estrictamente sujetas a los tipos punitivos, de forma que no pueden ejercitar la potestad sancionadora respecto de comportamientos que no se hallen contemplados en las normas que los tipifican.

De ahí que “A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye una infracción y, además, conocer cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento” (Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., p. 268).

Esta suficiencia de tipificación encuentra su fundamento en la seguridad jurídica y se concreta en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de una determinada conducta.

II. Como ya se indicó, en el caso de mérito se atribuye al investigado el posible incumplimiento del deber ético de “*Excusarse de intervenir o participar en asuntos en los cuales él, su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o socio, tengan algún conflicto de interés*” –art. 5 letra c) de la LEG–.

En resoluciones precedentes este Tribunal ha interpretado que “La referida norma contiene un mandato para los servidores estatales de excusarse formalmente de participar en asuntos que sean sometidos a su conocimiento pero que les generen un conflicto de interés. Pero además, proscribire que los servidores públicos, cuyo comportamiento debe ser íntegro, participen de forma material en situaciones en las cuales antepongan un interés personal -propio o de su círculo cercano- sobre el interés general que debe ser satisfecho mediante la función pública”.

En esas mismas decisiones se indicó que “(...) el legislador no se ha limitado a establecer un mandato de presentación formal de una excusa como mecanismo de separación del asunto que le genera conflicto, sino como una veda de cualquier tipo de participación o injerencia material en hechos de esa naturaleza” (entre otras, resoluciones emitidas en los procedimientos 16-A-14 el 24/II/2016, 96-A-14 el 6/VI/2016, 10-O-14 el 10/X/2016, 48-D-14 el 30/IX/2016, 19-A-15 el 6/XII/2016).

Ahora bien, la excusa es una herramienta mediante la cual el servidor público, al advertir un posible conflicto de interés, por iniciativa propia se *separa de la tramitación de un asunto* en el cual le corresponde participar, evitando intervenir en el mismo, con el fin de garantizar la imparcialidad de sus actuaciones.

Ciertamente, este mismo Tribunal ha establecido en otros procedimientos que “(...) la *excusa* es el acto formal en virtud del cual el servidor público se abstiene de conocer, intervenir o influir en determinado asunto, vinculado con un acto o procedimiento administrativo, por considerar él mismo que existe un impedimento razonable y comprobable que perturbará su imparcialidad al momento de tomar una decisión sobre dicha cuestión –como el interés personal en el tema o la relación de parentesco con los interesados–, en detrimento del interés general.

Se trata entonces de un acto del servidor estatal en cumplimiento de *una obligación de no hacer*, de no intervenir en el procedimiento administrativo, por estimar que su interés particular determinará la voluntad de la administración en los actos en los que participe, orientándola a satisfacer intereses ajenos a los institucionales” (entre otras, resoluciones pronunciadas en los procedimientos 96-A-14 el 6/VI/2016, 10-O-14 el 10/X/2016, 2-O-16 el 17/IV/2017).

Desde esa perspectiva, los precedentes citados inicialmente contienen un error interpretativo del artículo 5 letra c) de la LEG al haberse excedido los elementos descriptivos que el legislador consideró al momento de determinar el deber ético que contiene, pues del mismo se desprende un imperativo manifiesto de *excusarse* formalmente de intervenir o participar en asuntos que impliquen un conflicto de interés para el servidor público y las personas enunciadas en la citada norma.

En definitiva, la deficiencia advertida en el precedente relacionado consiste en que el Tribunal realizó una interpretación de la conducta objeto de infracción más allá de la descripción típica efectuada por el legislador.

En este contexto, cabe indicar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el autopercedente de los tribunales judiciales y administrativos puede flexibilizarse, y señala como supuestos –no taxativos– para apartarse válidamente de dicho pronunciamiento, los siguientes: i) estar en presencia de un pronunciamiento *cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados*; ii) *el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal*; y iii) que los fundamentos fácticos que le motivaron hayan variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario con la realidad normada (*sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad ref. 1-2010, el 25/VIII/2010*).

Analizando la concurrencia de dichos supuestos en el caso particular se advierte, por las razones ya expresadas, que en las resoluciones finales de los expedientes 16-A-14, 96-A-14, 10-O-14, 48-D-14 y 19-A-15 *se interpretó erróneamente* el deber ético regulado en el artículo 5 letra c) de la LEG, pues el mismo impone un mandato categórico para el servidor estatal de presentar una excusa formal cuando *le corresponda intervenir* en una situación en la cual su interés personal, el de su cónyuge, conviviente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad entren en pugna con el interés público.

Asimismo, a partir del día veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete se verificó un cambio total en la configuración subjetiva de este Tribunal, el cual ha redefinido las corrientes de pensamiento jurídico representadas en este órgano colegiado y propiciado la revisión de los autopercedentes emitidos.

En definitiva, este Tribunal considera oportuno rectificar la interpretación efectuada en el citado precedente, por las razones expuestas, por lo que, a partir de esta resolución el deber ético contenido en el art. 5 letra c) de la LEG se entenderá como un imperativo para que los servidores

públicos se aparten de intervenir en una decisión o procedimiento en el cual le correspondería participar pero ello comporta para sí un conflicto de interés.

III. Trasladando las consideraciones antes efectuadas al caso particular se repara que, entre las responsabilidades del señor Manuel de Jesús Sánchez Rivera como Subdirector General de Asuntos Jurídicos no figura la participación en procesos de selección de personal, lo cual se constata en el Manual de Descripción de Puestos de la Dirección General de Centros Penales, dependencia del Ministerio de Justicia, (f. 217), en el Proceso de Selección y Evaluación Externa (fs. 238 al 242) y en el Proceso de Contratación de la misma entidad (fs. 242 y 243).

Desde esa perspectiva, la conducta que se le atribuye en el presente procedimiento consistente en haber intervenido en la contratación de su hija Keila Bezai Sánchez Méndez y que ha sido calificada como una posible contravención al art. 5 letra c) de la LEG es atípica ya que al no intervenir en los procedimientos de selección y contratación de personal no le es exigible excusarse de participar en ellos.

El artículo 97 letra a) del Reglamento de la LEG establece el sobreseimiento como forma de terminación anticipada del procedimiento *cuando después de haberse admitido la denuncia o aviso se advierta alguna de improcedencia, en los términos establecidos en este Reglamento*”.

Entre las causales de improcedencia de la denuncia o el aviso figura que “El hecho denunciado no constituya transgresión a las prohibiciones o deberes éticos” –art. 81 letra b) del mismo Reglamento–.

Al amparo de las normas citadas, la falta de tipicidad de la conducta atribuida al investigado conlleva la finalización de este procedimiento mediante la figura del sobreseimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que por mandato Constitucional el interés público tiene primacía sobre el interés privado. Por ello, todo servidor estatal debe anteponer el interés general al particular, tal como lo establece el artículo 4 letra a) de la LEG.

En ese marco, la discrecionalidad que caracteriza a la contratación de personal no debe mermar la observancia de los principios de la ética pública, particularmente, porque como Estado Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción, El Salvador está obligado a aplicar medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las cuales deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses (Art. 3.1).

Bajo esa misma lógica el art. 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por El Salvador, manda a los Estados a adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas. (Art. 7 número 4), a la vez que exige establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y en la fijación de criterios *objetivos* de adopción de decisiones (Art. 9).

Efectivamente, la selección del recurso humano al servicio del Estado debe efectuarse de modo transparente y en atención a la aptitud y competencia de los postulantes, con el objeto de asegurar el eficiente desempeño de los servidores públicos en aras de satisfacer las demandas de los ciudadanos como destinatarios de la actividad estatal.

En otros términos, para la elección y contratación de las personas llamadas a fungir como servidores públicos debe prescindirse de valoraciones e injerencias amparadas en aspectos meramente subjetivos –como el parentesco– que en última instancia resulten perniciosas para el desempeño de la función pública.

Por esa razón, los servidores públicos con facultades de selección y contratación de personal de las instituciones públicas deben efectuar procedimientos objetivos, promoviendo competencia, con estricto apego a las exigencias éticas establecidas en la legislación y, al margen de intereses meramente particulares.

Por tanto, y con base en lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución, 1, 5, 6, 20 letra a) de la Ley de Ética Gubernamental, 81 letra b) y artículo 97 letra a) del Reglamento de la referida Ley, este Tribunal **RESUELVE:**

Sobreséese el presente procedimiento tramitado contra el señor Manuel de Jesús Sánchez Rivera, Subdirector General de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Centros Penales.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN.