

16-A-19

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las diez horas con treinta minutos del día veintitrés de abril de dos mil diecinueve.

El día quince de enero del presente año, se recibió aviso interpuesto por medio de la página web institucional, contra el doctor Marcel Orestes Posada, ex Presidente del Tribunal de Ética Gubernamental (TEG), señalando los siguientes hechos:

En el año dos mil catorce el doctor Marcel Orestes Posada estuvo ingresado en el Hospital Diagnóstico por varias semanas, en dicho período solicitó a los motoristas del Tribunal que usando carros nacionales, en especial el vehículo sedan rojo placas particulares, le llevaran los periódicos cuya suscripción tenía el TEG con varias empresas. Agrega, el informante, que tal hecho puede ser corroborado al investigar el delito de hurto que sufrió [REDACTED] con el vehículo sedan placas particular, al dejarlo estacionado fuera del hospital para entregarle los periódicos al doctor Posada.

Asimismo, refiere que tales hechos fueron denunciados mediante un aviso que fue recibido por el receptor de denuncias [REDACTED], al cual no se le dio trámite por orden del referido funcionario público.

Al respecto, se hacen las siguientes consideraciones:

I. Sobre la base de los hechos antes descritos, se procede a analizar el caso tomando como marco básico los principios que informan la ética pública y la teleología de la función primordial del Tribunal de Ética Gubernamental, para luego determinar si el caso sometido a conocimiento es una situación que debe ser resuelta bajo su cobertura normativa:

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LEG, el procedimiento administrativo sancionador competencia de este Tribunal tiene por objeto esencial determinar la existencia de infracciones a los deberes y prohibiciones éticas reguladas en ella, teniendo potestad sancionadora frente a los responsables de las contravenciones cometidas; sin embargo, lo que se persigue es combatir y erradicar las prácticas que atentan contra la debida gestión de los asuntos públicos y que constituyen actos de corrupción dentro de la Administración Pública.

El artículo 3 letra f) de la LEG, define la *corrupción* como “el abuso del cargo y de los bienes públicos, cometidos por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero”; el término *abuso se* refiere a un uso *excesivo, injusto o indebido* del cargo y de los bienes públicos con el fin de obtener un beneficio particular.

2. De acuerdo con los anteriores conceptos, queda claro para este Tribunal que todo hecho constitutivo de una conducta contraria a los intereses del Estado por exceso o uso indebido de los bienes o recursos públicos o abuso del cargo, en caso de ser comprobado, ha de merecer la respectiva sanción, en su justa dimensión. Es por ello que, cuando se hace mérito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, es menester observar el principio de proporcionalidad como medio de adecuación entre el hecho cuestionable y la consecuencia jurídica del mismo.

En este punto, la Sala de lo Constitucional en su constante jurisprudencia ha señalado que *el principio de proporcionalidad exige que los medios soberanos utilizados en las intervenciones del Estado en la esfera privada, deben mantener una proporción adecuada a los fines perseguidos.*

Dentro de ese contexto, según la sentencia de inconstitucionalidad 109-2013 de fecha 14-I-2016, “el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, tanto en el plano de su formulación normativa, como en el de su aplicación por los entes correspondientes”, buscando siempre la congruencia entre la conducta y la sanción y que ésta sea proporcional a la gravedad que comporta el hecho.

En definitiva, el principio de proporcionalidad implica realizar un juicio intelectual que permita advertir la idoneidad de los medios empleados para la finalidad que se pretende alcanzar y la necesidad de tales medios; esto es, que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, o bien que la medida empleada permita alcanzar el fin perseguido con un sacrificio justo de derechos e intereses del afectado, haciendo un juicio relacional entre el bien jurídico tutelado y el daño que se produciría por el acto o la resolución que se dicte, por lo que, en supuestos como el que se analiza, **ante una afectación mínima del interés general, la Administración deberá abstenerse de crear un daño mayor al administrado a través de la sanción** y de la propia tramitación del procedimiento.

Por tanto, el Tribunal ha de realizar una *ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger.*

II. Respecto de los hechos puestos en conocimiento ante esta sede, de comprobarse, configurarían situaciones que provocarían una mínima afectación al bien jurídico tutelado por la Ley de Ética Gubernamental; y no obstante que los hechos podrían ser reprochables para la ética pública, debe indicarse que la posible sanción que se determinaría por la afectación al bien jurídico antes aludido, su ejecución implicaría una desproporcionalidad respecto del resultado obtenido y la actividad institucional que involucra el procedimiento administrativo sancionador competencia de este Tribunal.

Debe precisarse que no existen bienes jurídicos irrelevantes o insignificantes a priori; sin embargo, su afectación puede carecer de relevancia cuando la extensión del daño al bien jurídico protegido sea ínfimo o insignificante; criterio que deberá atenderse al contexto (lugar, tiempo y forma) en el cual acaece el hecho que conllevaría a una transgresión de un deber o prohibición ética. Por lo que, si bien el objeto de la ética pública, es orientar las acciones humanas dentro de la Administración, y este Tribunal como ente rector, debe detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a la LEG; la Administración Pública también está obligada a utilizar los bienes o recursos –humanos y materiales– que están a su disposición de una forma eficiente y oportuna, a efecto que la actividad que realice cumpla con su finalidad, y que el uso de dichos bienes se efectúe con la mínima proporcionalidad, en cuanto al costo del funcionamiento de su actividad institucional –en este caso el procedimiento administrativo sancionatorio– y el fin que se persigue por la institución.

Es dable indicar, que si bien existe un reconocimiento y compromiso por parte de este Tribunal del cumplimiento de la ética dentro del desempeño de la función pública, no puede dejarse al margen, que existen hechos que como el informado, podrían configurar una adecuación a los supuestos regulados por los artículos 5, 6 y 7 de la LEG; sin embargo, carecen de relevancia objetiva para el interés público, pues no se trata de un tema cuya importancia o trascendencia ética sea indudable hasta el punto de justificar el accionar de este Tribunal por medio del procedimiento administrativo sancionador.

En este sentido, resulta necesario remarcar que este Tribunal está comprometido con el control de la existencia de hechos contrarios al buen uso de los recursos públicos realizado por los servidores públicos o de quienes administran fondos públicos; sin embargo, existen casos que no alcanzan a afectar proporcionalmente el interés general, dado que se trata de conductas muy puntuales que no logran configurar un exceso en la utilización indebida de bienes públicos o abuso de su cargo, que a criterio de este Tribunal no se atribuye una conducta reiterada o desmedida, orientada a ser definida como corrupción en los términos del artículo 3 letra f) de la LEG; cuyo conocimiento a través de la potestad sancionadora de este Tribunal implicaría un dispendio de los recursos con los que cuenta esta entidad.

Por tanto, y con base en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Ética Gubernamental y 81 letra b) de su Reglamento, este Tribunal **RESUELVE:**

Declárase improcedente el aviso contra el doctor Marcel Orestes Posada, ex Presidente del Tribunal de Ética Gubernamental, por los argumentos esgrimidos en el considerando II de la presente resolución.



PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN



VOTO DISIDENTE DE LA MIEMBRO DEL PLENO KARINA GUADALUPE BURGOS DE OLIVARES

Expreso mi voto disidente en la resolución pronunciada en el procedimiento administrativo sancionador 16-A-19, por no estar de acuerdo con dicha decisión, la cual fue emitida a las diez horas con treinta minutos del día veintitrés de abril de dos mil diecinueve, en la cual los miembros de este Tribunal que la suscriben concluyen que los hechos denunciados carecen de relevancia y por tanto, declaran improcedente el contenido del aviso. Sin embargo, es menester referir que, en

síntesis, los hechos informados fueron que: en el año dos mil catorce el doctor Marcel Orestes Posada estuvo ingresado en el Hospital Diagnóstico por varias semanas, en dicho período solicitó a los motoristas del Tribunal que usando carros nacionales, en especial, el vehículo sedan rojo placas particulares, le llevaran los periódicos cuya suscripción tenía el Tribunal de Ética Gubernamental con varias empresas. Agrega, el informante, que tal hecho puede ser corroborado al investigar el delito de hurto que sufrió el motorista [REDACTED] con el vehículo sedan placas particular, al dejarlo estacionado fuera del hospital para entregarle los periódicos al doctor Posada. Asimismo, refiere que tales hechos fueron denunciados mediante un aviso que fue recibido por el [REDACTED], al cual no se le dio trámite por orden del referido funcionario público. De los hechos informados, es posible advertir, que en el caso particular no es aplicable el criterio de falta de relevancia objetiva, ello porque dicho criterio originariamente se construyó para ser aplicado a casos con características específicas que no contiene el presente, lo cual se puede fundar en dos razones: (i) *primero*, que la aplicación de dicho criterio es para aquellos casos donde las conductas denunciadas, de comprobarse, configurarían situaciones irregulares dentro del ámbito disciplinario, es decir, que la conducta no queda en la impunidad sino que hay cauces dentro de las propias instituciones que deben darle tratamiento, dicho lo cual, no cualquier caso puede encajar en dicho supuesto. (ii) *Segundo*, el cargo público de la persona denunciada ex Miembro del Pleno de este Tribunal, implica que como máxima jefatura ha debido guardar una responsabilidad mayor en cuanto al conocimiento de la Ley de Ética Gubernamental y el actuar conforme a ésta, y ese solo hecho dota de relevancia el caso particular para su tramitación y la definición en el procedimiento de los hechos respectivos. Por todo ello, la decisión emitida resulta ser incompatible con el criterio adoptado para finalizar el presente procedimiento. Es por lo expresado que la suscrita no acompaña el decreto de improcedencia del aviso en el caso clasificado con referencia 16-A-19. ASÍ MI VOTO. San Salvador, a las trece horas con treinta minutos del día veintitrés de abril de dos mil diecinueve.



PRONUNCIADO POR LA MIEMBRO DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBE.

