

89-D-21

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las dieciséis horas del día quince de febrero de dos mil veintidós.

Mediante resolución de fecha veintidós de diciembre de dos mil veintiuno (fs. 18 y 19) se requirió por medio de oficios N° 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, recibidos los días tres y cuatro de enero de dos mil veintidós, respectivamente, al doctor José Néstor Castaneda Soto, y a los licenciados Laura del Carmen Hurtado Cuellar, Fidelina del Rosario Anaya de Barillas y Marcos Antonio Campos Rosales, Miembros propietarios de este Tribunal; y, al licenciado Higinio Osmín Marroquín Merino, Miembro suplente del mismo, información sobre los hechos que motivaron sus abstenciones en el presente caso.

Además, a los licenciados _____ y _____, instructores de esta entidad administrativa, se les solicitó información sobre las situaciones que habrían acaecido en la ejecución de las respectivas delegaciones en el caso referencia 102-D-19.

Finalmente se requirió a la Oficial de Información de esta institución pública que indicara si los expedientes de los procedimientos administrativos sancionadores de este Tribunal están clasificados como información reservada. En ese contexto, se recibieron los informes suscritos por los referidos servidores públicos, y la documentación adjunta (fs. 31 al 36, 39 al 50).

Al respecto este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. El procedimiento administrativo sancionador competencia de este Tribunal tiene por objeto determinar la existencia de infracciones a los deberes y prohibiciones éticos regulados en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley de Ética Gubernamental (LEG) y sancionar a los responsables de las mismas.

Con este mecanismo se pretende combatir y erradicar todas aquellas prácticas que atentan contra la debida gestión de los asuntos públicos y que pueden constituir actos de corrupción. De esta forma, la labor encomendada a este Tribunal refuerza los compromisos adquiridos por el Estado con la ratificación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Dentro de ese marco, el artículo 33 inciso 1° de la LEG establece que una vez recibido el aviso o denuncia si existieren elementos que permitan determinar la posible violación de un deber o prohibición ética, el Tribunal procederá a iniciar la investigación preliminar.

Por otra parte, el artículo 80 letra b) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental –RLEG– establece como causal de improcedencia de la denuncia o aviso que *“el hecho objeto de denuncia o aviso no se perfile como transgresión a los deberes o prohibiciones éticos”*, regulados en los arts. 5, 6 y 7 de la LEG.

Por lo que, toda conducta u omisión constitutiva de infracción administrativa debe estar descrita con claridad en una norma, por ende, la facultad sancionadora de esta institución se restringe únicamente a los hechos contrarios a los deberes y prohibiciones éticos regulados por la LEG, ya que la potestad sancionadora de la Administración Pública, es un poder que deriva del ordenamiento jurídico, encontrándose en la ley respectiva la delimitación de su ámbito de competencia.

El principio de *legalidad*, “[...] impone el actuar riguroso de la Administración conforme lo que estipule la ley en cuanto a la creación del catálogo predeterminado, claro y preciso de las infracciones penales y administrativas. Del mismo devienen dos principios que han adquirido una clara autonomía en esta sede, el de *reserva legal* y de *tipicidad*” (Sentencia del 29-IV-2013, Inc. 18-2008,

Sala de lo Constitucional). La reserva legal obliga a los regímenes administrativos sancionatorios a que las limitaciones a derechos fundamentales deban realizarse únicamente mediante una ley formal – emanada de la Asamblea Legislativa–; lo que conlleva inevitablemente al respeto de la tipicidad, mediante la cual se configura la conducta regulada en la infracción administrativa, así como la sanción que corresponde a esta. La definición inequívoca de la materia de deber y prohibición es lo que permite a este Tribunal encajar los hechos planteados a una infracción determinada.

II. Para construir la línea argumentativa de la decisión que se adoptará por este ente, deben exponerse el contenido de los informes requeridos por medio de resolución de fecha veintidós de diciembre de dos mil veintiuno (fs. 18 y 19) a los citados servidores públicos.

i) Informe de la Oficial de Información del Tribunal de Ética Gubernamental:

En el informe de fecha diez de enero de dos mil veintidós rendido por medio de memorando N° 11-UAUP-2022, suscrito por la Oficial de Información del Tribunal de Ética Gubernamental, se menciona que se entiende como información reservada los “expedientes de procedimientos administrativos que estén en trámite, suspendidos o cuyas decisiones hayan sido impugnadas antes otras instancias” (sic), de conformidad con el artículo 19 de la Ley de Acceso a la Información Pública, y la Declaratoria de reserva número DR/001/2020 de fecha nueve de abril de dos mil veinte dictada por este Tribunal.

En cuanto a su plazo de clasificación señala que “la declaratoria de reserva antes aludida tiene un plazo general de cuatro años; sin embargo, cada procedimiento administrativo sancionador adquiere su clasificación de información reservada a partir del inicio del procedimiento o de su correspondiente impugnación; y es desclasificado automáticamente cuando la decisión definitiva se declare firme” (sic). Por lo que, “la información relacionada con el expediente administrativo con referencia 102-D-19 es información reservada para la ciudadanía hasta que este se encuentre fenecido” (sic).

Añade que, en el caso referencia 67-A-2014 de fecha dos de julio de dos mil catorce el Instituto de Acceso a la Información Pública (IAIP) ha indicado que: “la reserva de la información es válida para terceros que no tienen interés legítimo en el proceso; sin embargo, cuando se trata de una parte involucrada en el mismo es pertinente que se tenga acceso a la información sobre todo cuando la información que solicita en nada afecta al proceso en curso” [sic].

ii) Informe de los Miembros del Pleno requeridos.

Por otra parte, el doctor José Néstor Castaneda Soto, y los licenciados Laura del Carmen Hurtado Cuellar, Fidelina del Rosario Anaya de Barillas y Marcos Antonio Campos Rosales, Miembros propietarios de este Tribunal; e Higinio Osmín Marroquín Merino, Miembro suplente del mismo (fs. 39 al 41), exponen, en síntesis, en su informe que:

1. En el procedimiento administrativo sancionador 102-D-19 se decretó la apertura del mismo por medio de resolución de fecha doce de marzo de dos mil veintiuno contra los señores

_____ y _____, atribuyéndose al primero las prohibiciones éticas reguladas en el artículo 6 letra f) de la LEG, e imputándose a ambos investigados la transgresión al deber ético regulado en el art. 5 letra a) de la LEG y la prohibición ética establecida en el art. 6 letra e) de ese cuerpo normativo.

2. Por resolución de fecha veinte de agosto de dos mil veintiuno se abrió a pruebas el procedimiento por el término de veinte días hábiles, y se comisionó a la licenciada

_____ como instructora para que realizara la investigación de los hechos atribuidos a los señores

y _____, ampliándose el período de prueba mediante resolución de fecha seis de octubre de dos mil veintiuno.

3. Por medio de resolución de fecha tres de noviembre de dos mil veintiuno se señaló audiencia de prueba y se citaron testigos para el día doce de ese mismo mes y año. En el desarrollo de esa diligencia, la licenciada _____, apoderada general judicial de los investigados, planteó entre los incidentes “la denuncia” de aspectos vinculados con la investigación de campo efectuada por la instructora delegada; pues aludió a “(...) un probable delito de falsedad ideológica contemplado en el art. 284 del Código Penal y además otro hecho que vulnera derechos de los niños y adolescentes”.

Como fundamento a dichas alegaciones la referida profesional mencionó que “(...) dentro del informe presentado por _____; se ha consignado una fotografía que ella toma (...) donde ella consigna en el pie de la imagen <<Fotografía tomada con teléfono móvil el día veinte de septiembre del 2021, a las 3:45>>, asimismo consta en el expediente que la misma licenciada _____ presenta un escrito al presente Tribunal a las quince horas con treinta minutos del día veinte de septiembre de dos mil veintiuno solicitando una ampliación del plazo probatorio, circunstancia que ya había sido puesta en conocimiento a este honorable Tribunal y que se corrobora con la declaración jurada en la que uno de los testigos (...) declara que la ya referida instructora se retiró de la plaza donde estaba realizando la diligencia a las catorce horas con treinta minutos (...), considero que ha quedado evidenciado que el sello de recibido plasmado por este Tribunal o la fotografía que dice ella haber tomado en el centro odontológico donde realiza consultas mi representado, uno de los hechos no son ciertos y considero debe ser objeto de investigación (...)” [sic].

Además, la licenciada _____ mencionó que “la _____ ha expuesto y divulgado información personal por medio de impresiones de documentos en los que se estaba ventilando un proceso de pérdida de autoridad parental con dicha menor (...), a folio 1990 la referida instructora introdujo la impresión de la información de la menor, del nombre de la madre de la menor e incluso la dirección de la vivienda de la menor contradiciendo también lo establecido en el art. 24 de la Ley de Acceso a la Información Pública (...)” [sic]; por lo que, solicitó que se separara del conocimiento del desarrollo de la audiencia a la referida instructora por la supuesta vulneración de derechos de los niños y falsedad ideológica, y que el licenciado _____ continuara con el interrogatorio respectivo en esa audiencia.

4. Al concederle la palabra a la _____ en la citada audiencia respecto a esos incidentes señaló que “(...) sobre la presunta falsedad ideológica que la suscrita estableció en el informe (...) lo que esta instructora pretendió es incorporar una evidencia de imagen para constatar la ubicación de la clínica particular donde presuntamente el doctor Ayala Orantes desempeñaba actividades particulares durante la jornada ordinario de trabajo, no obstante ese no es un documento idóneo para establecer ese tipo de situaciones, sino la respectiva credencial que se incorporó y se solicitó a la Alcaldía Municipal de San Salvador (...), la fotografía no tiene el propósito de acreditación, sino más bien para ilustrar a este Tribunal que yo me apersoné a la ubicación de la mencionada clínica (...). Por otro lado, establecer el horario de ese momento de la fotografía deber verificarse en los oficios correspondientes y el Tribunal tendrá que resolver en su debida oportunidad y resolver lo planteado por la abogada” [sic].

Asimismo, la referida instructora mencionó que “sobre la presunta violación del art. 12 de la LEPINA, según lo estableció la abogada indicar que los referidos documentos tienen relación con el

segundo incidente en relación a las actividades particulares que realizaba el investigado y sobre la delegación que presuntamente hizo a sus asistente, en este momento igualmente deberá ser el Tribunal el que realice el estudio de los hechos que planteó la denunciante y específicamente que fueron objeto de conocimiento de la suscrita instructora el día en que se retomó la entrevista de la denunciante, en esta oportunidad la denunciante presentó fotocopias de documentos que acreditaban que el señor Ayala Orantes le habría ordenado realizar ese tipo de actividades, no obstante decirles que estos hechos fueron planteados exclusivamente en entrevistas de la denunciante y era mi obligación como instructora hacerlo constar en acta y presentarlo informando (...) [sic].

5. Por otro lado, el instructor [redacted] expuso que “en cuanto a los datos del nombre y acta de una menor de edad comentarles que el art. 9 inciso último del CPCM que establece la publicidad entre las partes, en este momento nos encontramos frente a un expediente y a él solo tienen acceso las partes, la parte investigada y la instructora en cuanto dure la delegación, según la Ley de Acceso de Información Pública en esta clase de procedimientos administrativos es la Oficial de Información la persona encargada de <<tapar>> o <<cubrir>> los nombres de las personas y los datos sensibles de las mismas para que los mismos no sean divulgados entre personas que no tenga interés jurídicamente protegido, en ese sentido no es oportuno realizar algún cubrimiento de datos puesto que el Tribunal se va a ilustrar de cualquier documento que la instructora ha incorporado, es decir que no corresponde al instructor la censura de datos” [sic].

6. Por consiguiente, los referidos incidentes fueron resueltos en el desarrollo de la misma diligencia, declarándose el Pleno de este Tribunal incompetente para conocer los hechos aducidos al ser otras instancias las que deben pronunciarse de los mismos. Además, en cuanto a la solicitud de separación de la referida instructora, el Presidente de esta entidad administrativa indicó que “advertimos que no se establece ninguna causal del art. 51 LPA y después de revisar el expediente encontramos que ya fue resuelto en su momento en el folio 2135 que ya se había solicitado la separación de la [redacted]” (sic).

Finalmente, los Miembros del Pleno en comentario manifiestan que su abstención se funda en la conexión fáctica existente entre los hechos denunciados en el caso de mérito y los incidentes resueltos en el procedimiento 102-D-19, como se relaciona en su informe.

iii) Informe suscrito por la licenciada [redacted] :

La licenciada [redacted] refiere en su escrito que el día veinticinco de agosto de dos mil veintiuno recibió notificación electrónica de la comisión para la investigación y la recepción de prueba en el procedimiento administrativo sancionador referencia 102-D-19 instruido contra los referidos señores.

Además, menciona y reitera lo descrito por los Miembros del Pleno en el informe que antecede, así como su participación e intervención en cuanto a los incidentes planteados por la licenciada [redacted]

durante la audiencia realizada el día doce de noviembre de dos mil veintiuno en el marco de ese procedimiento.

Asimismo, la licenciada [redacted] manifiesta que “respecto del incidente relacionado con el delito de Falsedad Ideológica, como dato adicional (que no mencioné en la audiencia, pero que ocurrió en el trámite de dicho expediente) que para el día 20 de septiembre de 2021, fecha de los hechos planteados por la referida Abogada, corría el día diecisiete de los veinte días del plazo probatorio, en ese sentido pese a la solicitud de ampliación del plazo probatorio presentado a las 15:30 p.m. de esa

fecha, aún estaba habilitada para realizar diligencias de investigación, razón por la cual a las 15:45 y dada la cercanía de la referida clínica con las instalaciones de este Tribunal, continúe con las diligencias de investigación, solamente para << fijación en el lugar de los hechos >> y como elemento ilustrativo que sería agregado posteriormente en el correspondiente informe de investigación” [sic].

iv) Informe suscrito por el licenciado

El licenciado _____, señala en su escrito que con fecha veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno recibió notificación electrónica de la comisión para practicar el interrogatorio en la audiencia de prueba, en el procedimiento administrativo sancionador referencia 102-D-19, instruido contra los señores _____ y _____.

Añade que el día doce de noviembre del año dos mil veintiuno se instaló audiencia de prueba, citándose en debida forma a los testigos de cargo como de descargo.

Además, reitera las situaciones ocurridas en dicha diligencia, específicamente sobre los incidentes interpuestos por la licenciada _____, apoderada general judicial de los investigados, aspectos vinculados con la investigación de campo efectuada en el período de prueba; es decir, por “(...) un probable delito de Falsedad Ideológica contemplado en el art. 284 del Código Penal y además otro hecho que vulnera derechos de los niños y adolescentes” [sic].

Finalmente, menciona que al concedérsele la palabra a dicho instructor manifestó que “(...) en cuanto a los datos del nombre y acta de una menor de edad comentarles que el art. 9 inciso último del CPCM que establece la publicidad entre las partes, en este momento nos encontramos frente a un expediente y a él solo tienen acceso las partes, la parte investigada y la instructora en cuanto dure la delegación, según la Ley de Acceso de Información Pública en esta clase de procedimientos administrativos es la Oficial de Información la persona encargada de “tapar” o “cubrir” los nombres de las personas y los datos sensibles de las mismas para que los mismos no sean divulgados entre personas que no tengan interés jurídicamente protegido, en ese sentido no es oportuno realizar algún cubrimiento de datos puesto que el Tribunal se va a ilustrar de cualquier documento que la instructora ha incorporado, es decir que no corresponde al instructor la censura de datos” [sic].

III. Relacionados los referidos informes, corresponde pronunciarse respecto a la denuncia presentada, en la cual se indica que los Miembros del Pleno que intervinieron en la audiencia del procedimiento referencia 102-D-19, celebrada el día doce de noviembre del año que transcurre, “(...) omitieron darle cumplimiento a lo prescrito en el Art. 312 del Código Penal, que establece: **OMISIÓN DE AVISO** ‘- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, tuviere conocimiento de haberse perpetrado un hecho punible y omitiere dar aviso dentro del plazo de veinticuatro horas al funcionario competente, será sancionado con ...’ Sic (...)”; por cuanto, según la denunciante era procedente hacer del conocimiento de la Fiscalía General de la República (FGR) la posible comisión del delito de Infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos, previsto y sancionado en el artículo 334 del Código Penal, en perjuicio de los derechos de la hija adolescente de la denunciante “(...) por haber utilizado una documentación por parte de la instructora sin haber tenido la debida diligencia y cuidado de resguardar el nombre (...)” de dicha adolescente, “(...) poniéndolo de conocimiento de todas las partes intervinientes (...)” [sic].

Asimismo, se aduce que dichos funcionarios incumplieron lo establecido en el artículo 24 letra a) de la Ley de Acceso a la Información Pública (LPA).

Al respecto, es preciso acotar que toda autoridad administrativa está supeditada a una serie de principios de rango constitucional, entre los que destaca el de *legalidad* consagrado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución. Como consecuencia de ello, la Administración Pública sólo puede actuar cuando existe una ley formal que la habilite para tal efecto, y dentro de los límites establecidos por la misma.

Así, para que la denuncia *sea procedente ante este Tribunal es imprescindible que el asunto expuesto en la misma sea propio del marco ético establecido en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG*, por lo que al trascender de este límite habrá distintas acciones en otras áreas del ordenamiento jurídico que ya no corresponde conocer a esta autoridad.

Ahora bien, se advierte que las omisiones atribuidas al doctor José Néstor Castaneda Soto, y a los licenciados Laura del Carmen Hurtado Cuellar, Fidelina del Rosario Anaya de Barillas y Marcos Antonio Campos Rosales, Miembros propietarios de este Tribunal; y, al licenciado Higinio Osmín Marroquín Merino, Miembro suplente del mismo, no son competencia de este ente administrativo, por cuanto trascienden el marco ético, ya que se refieren a la posible comisión de un delito e infracción a la custodia de información confidencial, siendo las instituciones públicas facultadas para conocer sobre ello la FGR y el IAIP, respectivamente.

Conforme a los artículos 193 N.º 3 y 4 de la Constitución y 17 del Código Procesal Penal, corresponde de manera exclusiva a la FGR dirigir la investigación de los delitos y ejercer la acción penal pública para la persecución de los mismos, de oficio o a petición de parte, en los casos determinados por dicho Código, salvo las excepciones legales previstas.

Según el artículo 58 letras a), b) y e) de la LAIP, el IAIP tiene las atribuciones de velar por la correcta aplicación de dicha ley; garantizar la protección de la información personal; conocer y resolver el procedimiento sancionatorio que le compete tramitar por infracciones a ese mismo cuerpo normativo.

En ese contexto, se aclara a la denunciante que, no obstante la imposibilidad por parte de este Tribunal de controlar las omisiones atribuidas a los servidores públicos denunciados, esto no significa una desprotección de los derechos que pudieran verse comprometidos, sino únicamente que deberán ser otras instancias las que, dentro de sus competencias, evalúen y determinen las responsabilidades que correspondan, pudiendo la denunciante, si así lo estima pertinente, avocarse a las mismas a fin de denunciar lo ocurrido.

De manera que la denuncia adolece de un error de fondo insubsanable que impide continuar con el trámite de ley correspondiente.

IV. Finalmente, mediante resolución de fecha diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno se efectuó llamamiento al licenciado Félix Rubén Gómez Arévalo, Miembro Suplente del Pleno de este Tribunal nombrado por la Corte Suprema de Justicia, para el conocimiento del presente procedimiento.

Ahora bien, mediante acuerdo número 29-P de fecha veintiuno de diciembre de dos mil veintiuno, el licenciado Moris Edgardo Landaverde Hernández fue nombrado como Miembro Propietario del Tribunal de Ética Gubernamental por parte de la Corte Suprema de Justicia, para un período de cinco años contados a partir del día indicado.

Dado que el licenciado Landaverde Hernández no se encuentra entre los denunciados en el presente procedimiento, no está impedido de conocer el mismo, por lo que deberá dejarse sin efecto el llamamiento efectuado al licenciado Gómez Arévalo en este procedimiento.

Por tanto, con base en lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 6 y 7 de la Ley de Ética Gubernamental, 80 letra b) del Reglamento de dicha ley, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Téngase* por rendidos los informes requeridos al doctor José Néstor Castaneda Soto, y a los licenciados Laura del Carmen Hurtado Cuellar, Fidelina del Rosario Anaya de Barillas y Marcos Antonio Campos Rosales, Miembros propietarios de este Tribunal; Higinio Osmín Marroquín Merino, Miembro suplente del mismo; _____ instructores de esta entidad administrativa; y, a la Oficial de Información de esta institución pública.

b) *Déjase sin efecto* el llamamiento efectuado al licenciado Félix Rubén Gómez Arévalo para conocer el presente procedimiento, por las razones expuestas en el considerando IV de la presente resolución.

c) *Declárase* improcedente la denuncia presentada por la señora _____; por los hechos y motivos expuestos en el considerando III de la presente resolución.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN