

**47-A-21**

**TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL:** San Salvador, a las catorce horas con veinte minutos del día veinticinco de enero de dos mil veintitrés.

Mediante resolución de fecha cinco de diciembre de dos mil veintidós (fs. 366), se concedió al investigado el plazo de diez días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara pertinentes; en ese contexto, se recibió escrito del aludido interviniente, mediante el cual refiere argumentos de defensa a su favor (f. 369).

**Considerandos:**

**I. Relación de los hechos**

Objeto del caso

El presente procedimiento se tramita contra el señor Herson Manuel Ávalos Méndez, ex Director del Hospital Nacional “Dr. Juan José Fernández” Zacamil, del municipio de Mejicanos, departamento de San Salvador (HNZ), a quien se atribuye posibles transgresiones al 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”*, regulado en el artículo 5 letra c), y a la prohibición ética de *“Nombrar, contratar, promover o ascender en la entidad pública que preside o donde ejerce autoridad, a su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o socio (...)”* regulada en el artículo 6 letra h), ambos de la Ley de Ética Gubernamental, en lo sucesivo LEG, por cuanto, durante el período comprendido entre el mes de mayo de dos mil veinte y el día nueve de junio de dos mil veintidós, habría intervenido en la adopción de decisiones sobre nombramientos, contrataciones, asignación y modificación de funciones de su cónyuge, la señora [REDACTED], en el referido Hospital.

Desarrollo del procedimiento

1. Por resolución de f. 2 se ordenó la investigación preliminar del caso, sobre los hechos objeto de aviso.

2. En la resolución de fs. 96 y 97 se decretó la apertura del procedimiento administrativo sancionador contra el señor Ávalos Méndez, y se le concedió el plazo de cinco días hábiles para que ejerciera su derecho de defensa y presentara las alegaciones y prueba que estimara pertinentes.

3. Mediante escrito de fs. 99 y 100, el investigado realizó alegaciones sobre los hechos y transgresión atribuidos, indicando en síntesis que, en el año dos mil veintiuno, su cónyuge fue nombrada en el HNZ: *i)* como Médico Especialista I (8 horas diarias), por el Ministro de Salud; y *ii)* como Residente de Medicina Paliativa ad honorem, a partir de un proceso de selección en el que él no intervino, y que dicho nombramiento fue solicitado por el Coordinador de la Unidad del Dolor y Cuidados Paliativos y de la Residencia y Especialidad Médica en Cuidados Paliativos del referido nosocomio.

4. Por resolución de fs. 157 y 158 se abrió a pruebas el procedimiento por el término de veinte días hábiles y se delegó a Instructora para la investigación de los hechos.

5. En el informe de fs. 174 al 360, la Instructora delegada estableció los hallazgos de la investigación efectuada e incorporó prueba documental.

6. En la resolución de fs. 366 se concedió al investigado el plazo de diez días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara pertinentes respecto de la prueba que obra en el expediente.

7. Mediante escrito de f. 369 el servidor público investigado contestó el traslado conferido, reiterando sus alegaciones de defensa.

## II. Fundamento jurídico

### Transgresiones atribuidas

Desde la fase liminar del procedimiento, las conductas atribuidas al señor Ávalos Méndez se calificaron como posibles transgresiones al deber ético regulado en el artículo 5 letra c) y a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h), ambos de la LEG.

Al respecto, es necesario señalar que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la Ley debe definir exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer o, al menos, establecer una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, por considerarse que éstas, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales.

Así, *“el principio de tipicidad comporta la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos —lex previa— que permitan predecir con el suficiente grado de certeza —lex certa— aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la propia responsabilidad y a la eventual sanción.”*

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.

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, tampoco, imponer sanciones que no sean las normativamente típicas, incluso, aunque aquellos comportamientos o estas sanciones puedan parecerse en alguna medida a los que dichas normas punitivas sí contemplan (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia 12-VII-2013, ref. 286-2007).

En el caso particular, debe indicarse que existe un concurso aparente de normas cuando el hecho objeto del procedimiento es susceptible de ser analizado conforme a dos infracciones éticas, es decir, las establecidas en los artículos 5 letra c) y 6 letra h) de la LEG; sin embargo, es preciso decantarse por una sola de dichas normas éticas.

En el Derecho Administrativo Sancionador para resolver estos problemas en los cuales dos normas pretenden sancionar un mismo hecho se aplican diversos criterios, entre ellos los de especialidad, subsidiaridad y alternabilidad.

En ese sentido, el inciso primero del artículo 143 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) establece que los hechos susceptibles de ser calificados de infracción con

arreglo a dos o más preceptos, ya sean de la misma o diferentes normativas sancionadoras sectoriales, se sancionarán observando las siguientes reglas: 1. [e]l precepto especial se aplicará con preferencia al general; 2. [e]l precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea que resulte tácitamente deducible; 3 [e]l precepto más amplio o complejo absorberá a los que sancionen las infracciones consumidas en él; y, 4. [e]n defecto de los criterios anteriores, el precepto que tipifique la infracción penada con sanción más grave, excluirá a los que tipifiquen infracciones penadas con sanción menor.

Es así como, en el caso bajo análisis, este Tribunal estima que la norma que describe con mayor precisión las conductas que se atribuyen al investigado es la prohibición ética enunciada en el artículo 6 letra h) de la LEG, pues ésta proscribiera concretamente a quienes presiden o ejercen autoridad en entidades públicas, realizar nombramientos atendiendo a vínculos de parentesco, matrimonio, convivencia o societarios.

En efecto, aludiendo el cuadro fáctico del presente procedimiento a actos de nombramiento para el ejercicio de funciones en una institución pública, se observará la regla de especialidad establecida en el numeral 1 del referido artículo 143 de la LPA, analizando los hechos atribuidos al investigado únicamente según la prohibición ética contemplada en el artículo 6 letra h) de la LEG.

Por tanto, resulta inviable continuar con el análisis de los hechos denunciados a la luz del deber ético regulado en el artículo 5 letra c) de la LEG.

Realizada la anterior aclaración, debe indicarse que la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG proscribiera la explotación de una posición de autoridad para conseguir empleo y otros favores a familiares, cónyuges, convivientes o socios, lo cual constituye un tipo de corrupción conocida como nepotismo, que se caracteriza por realizar concesiones o contratar empleados con base en el favoritismo que proviene de las relaciones familiares, afectivas, por la cercanía y lealtad al gobernante o funcionario en cuestión.

Dicha norma ética persigue evitar condiciones de desigualdad originadas por privilegios o favoritismos que generan la exclusión de otros grupos y por ende el funcionamiento deficiente en el desempeño de la función pública; y es que la estructura orgánica del Estado no responde a intereses particulares, ya que el elemento que garantiza la situación del servidor público es, en puridad, garantía de la realización del interés público.

Precisamente, se espera que todo servidor público actúe conforme a los principios de supremacía del interés público, imparcialidad y lealtad, contenidos en el artículo 4 letras a), d) e i) de la LEG; para lo cual están llamados a evitar anteponer su interés personal o el de sus parientes sobre el interés público y las finalidades de la institución pública en la que se desempeñan.

El correcto, imparcial y leal comportamiento de los servidores públicos ayuda a que se preserve la confianza en su integridad y en la gestión pública. De ahí, la necesidad de prohibir este tipo de conductas.

En ese mismo sentido se pronunció este Tribunal en las resoluciones de las ocho horas con treinta minutos del día veinte de agosto de dos mil veintiuno y de las ocho horas con veinte minutos del día dieciocho de marzo de dos mil veintidós, en los procedimientos referencias 116-A-18 y 180-A-20, respectivamente.

### III. Prueba recabada en el procedimiento

En este caso la prueba que será objeto de valoración, por ser lícita, pertinente, idónea, necesaria y útil, es la siguiente:

*Recabada por el Tribunal:*

1. Oficio referencia 453/931/2021 de fecha veintisiete de julio de dos mil veintiuno, e informe de fecha dieciséis de agosto de dos mil veintidós, ambos suscritos por el señor Herson Manuel Ávalos Méndez, en su calidad de Director del HNZ, referentes al nombramiento de la señora [redacted] o [redacted] como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el mismo Hospital (fs. 6 al 8, 182 y 183).

2. Copias simples del acuerdo N.º 14 de fecha cuatro de enero de dos mil veintiuno, con el cual el Ministro de Salud nombró en propiedad a la señora [redacted] o [redacted] como Médico Especialista I (8 horas diarias) en el HNZ, a partir del día uno de enero de dos mil veintiuno (fs. 43, 82 vuelto, 196 frente y 198 vuelto).

3. Copias simples del acuerdo N.º 136 de fecha veinte de mayo de dos mil veintiuno, mediante el cual el señor Ávalos Méndez, en su calidad de Director del HNZ, nombró a la señora [redacted] o [redacted] como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el mismo Hospital (fs. 46, 83 vuelto y 199).

4. Copias simples del acuerdo N.º 900 de fecha quince de mayo de dos mil veinte, emitido por el Ministro de Salud, mediante el cual nombró al señor Ávalos Méndez como Director del HNZ (fs. 48 vuelto, 52 vuelto, 85, 90, 181, 190, 341 y 364).

5. Copia certificada por notario de certificación de la partida de nacimiento de la señora [redacted] o [redacted], expedida por la Jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de Mejicanos (f. 105).

6. Copia simple de memorando de fecha uno de marzo de dos mil veintiuno, suscrito por el Coordinador de la Unidad del Dolor y Cuidados Paliativos y de la Residencia y Especialidad Médica en Cuidados Paliativos, y dirigido al Director del HNZ, dando seguimiento a la solicitud del primero, referente al nombramiento de la señora [redacted] o [redacted] como Residente de Medicina Paliativa en el mismo Hospital (f. 199 vuelto).

7. Constancia expedida por la Jefa de la División Administrativa del HNZ, en fecha quince de agosto de dos mil veintidós (f. 204), referente al ejercicio del cargo de Director de ese Hospital por parte del investigado, en el año dos mil veintiuno.

8. Constancia de fecha quince de agosto de dos mil veintidós, suscrita por la Jefa de la División Administrativa del HNZ, referente al nombramiento de la señora [redacted] o [redacted] como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el mismo Hospital (f. 205).

9. Certificación de partida de matrimonio de los señores Herson Manuel Ávalos Méndez e [redacted] o [redacted], expedida por la Jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de La Libertad, departamento del mismo nombre (f. 207).

*Incorporada por el investigado*

Copia certificada por notario de conjunto de documentos identificados como “Expediente del proceso de selección de la Dra. [redacted] realizado por la Unidad de Desarrollo Profesional” del HNZ (fs. 102 al 153).

Por otra parte, la prueba de fs. 9 al 42, 44, 45, 49, 50, 51, 53 al 55, 64 al 81, 87 al 89, 91 al 93, 154 al 156, 184 al 189, 191 al 195, 197, 216 al 222, 230 al 339 y 360 incorporada al expediente, no será objeto de valoración por carecer de utilidad para dilucidar los hechos objeto de este procedimiento.

**IV. Valoración de la prueba y decisión del caso**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 inciso 5° de la LEG, las pruebas vertidas en el procedimiento se valorarán según el sistema de la sana crítica, el cual se asienta en el principio de razonabilidad y obliga a que las máximas de experiencia consten en la motivación de la resolución definitiva; a fin de evidenciar cómo se ha alcanzado certeza de lo afirmado por las partes.

El artículo 87 del Reglamento de la LEG (RLEG) establece que en el procedimiento administrativo sancionador rige el principio de libertad probatoria, siendo admisibles todos los medios de prueba, que cumplen los requisitos de licitud, pertinencia, idoneidad, necesidad y utilidad; habiéndose realizado el juicio de admisibilidad y procedencia correspondiente.

Aunado a ello, el artículo 106 incisos 1°, 2° y 3° de la LPA, establecen reglas generales en cuanto a los medios probatorios, así: “[l]os hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere, el Código Procesal Civil y Mercantil.---Se practicarán en el procedimiento todas las pruebas pertinentes y útiles para determinar la verdad de los hechos, aunque no hayan sido propuestas por los interesados y aun en contra de la voluntad de éstos. ---Las pruebas serán valoradas en forma libre, de conformidad con las reglas de la sana crítica; sin embargo, para el caso de la prueba documental, se estará al valor tasado de la misma en el derecho procesal común”. Y el inciso 6° de la disposición legal citada prescribe que “[l]os documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

Así, en el presente caso, la prueba vertida es documental, la cual se configura dentro de los documentos públicos administrativos, que son los “válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas; esto es los producidos por un órgano administrativo de acuerdo a las formalidades exigidas en cada caso” (Barrero, C., *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, 3ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 336).

Lo anterior, en concordancia con los artículos 106 de la LPA y 331 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), éste último refiere que serán instrumentos públicos “los expedidos por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función pública”; cuyo valor probatorio, de conformidad al artículo 341 del CPCM, constituye “prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide”. En este sentido, es preciso acotar que la prueba

documental vertida en el procedimiento, consta de originales y copias simples de instrumentos emitidos por servidores públicos.

Por tanto, a partir de la prueba aportada en el transcurso del procedimiento se ha establecido con certeza que:

*1. De la calidad de servidor público del investigado:*

Durante el período comprendido entre los días quince de mayo de dos mil veinte y nueve de junio de dos mil veintidós, el señor Ávalos Méndez se desempeñó como Director del HNZ, según consta en copias simples del acuerdo N.º 900 de fecha quince de mayo de dos mil veinte, emitido por el Ministro de Salud, mediante el cual nombró al señor Ávalos Méndez en el cargo relacionado (fs. 48 vuelto, 52 vuelto, 85, 90, 181, 190, 341 y 364); y en constancia expedida por la Jefa de la División Administrativa del HNZ, en fecha quince de agosto de dos mil veintidós (f. 204).

*2. Sobre el vínculo matrimonial existente entre el investigado y la señora*

Desde el día dieciocho de febrero de dos mil diecisiete los señores Herson Manuel Ávalos Méndez e son cónyuges, según consta en certificación de la partida de su matrimonio, expedida por la Jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de La Libertad (f. 207), y en copia certificada por notario de certificación de la partida de nacimiento de la aludida señora, expedida por la Jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de Mejicanos (f. 105).

*3. De los nombramientos de la señora*

*en el HNZ, desde su ingreso en el año dos mil once:*

En este punto, únicamente para efectos aclaratorios, debe indicarse que entre los años dos mil once y dos mil veinte la referida señora desempeñó los cargos y funciones de Médico Residente, Jefe de Médicos Residentes, Médico Especialista y Coordinadora de la Unidad del Dolor Crónico y Cuidados Paliativos, en el Departamento de Medicina Interna del HNZ.

Lo anterior, según se verifica en copias simples de acuerdos y resolución emitidos por los entonces Directores del HNZ, nombrando a la referida señora para ejercer esos cargos y funciones (fs. 9 al 11, 15, 16, 20, 24, 28, 30 al 33, 39, 40, 44, 64, 65, 67, 69, 70, 73 vuelto, 74 vuelto, 75 al 77, 80, 81, 191, 193, 291 al 293). Ahora bien, se reitera que dicha documentación no será valorada, en concreto, por acreditar hechos previos y ajenos a los que son objeto de este procedimiento).

Cabe agregar que, conforme al Reglamento General de Hospitales –que regula las atribuciones y funciones del HNZ, según su artículo 1–, Medicina Interna es una especialidad médica básica.

*4. Con relación al nombramiento de la señora*

*como Médico Especialista I (8 horas diarias) en el HNZ, en el año dos mil veintiuno:*

El día cuatro de enero de dos mil veintiuno el Ministro de Salud nombró en propiedad a la señora como Médico Especialista I (8 horas diarias) en el HNZ, a partir del día uno de enero de dos mil veintiuno, como se

verifica en copias simples del acuerdo N.º 14 de la fecha relacionada, con el cual se realizó el mencionado nombramiento (fs. 43, 82 vuelto, 196 frente y 198 vuelto).

Por tanto, se desvirtúa que el señor Herson Manuel Ávalos Méndez realizó el citado nombramiento de su cónyuge y, consecuentemente, que transgredió la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG.

*5. Respecto al nombramiento de la señora*

*como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el HNZ, por parte del señor Herson Manuel Ávalos Méndez, en su calidad de Director del aludido hospital, en el año dos mil veintiuno:*

El día veinte de mayo de dos mil veintiuno el señor Herson Manuel Ávalos Méndez, en su calidad de Director del HNZ, nombró a la señora

como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el mismo Hospital, como se verifica en copias simples de acuerdo N.º 136 de la fecha relacionada, mediante el cual se realizó el aludido nombramiento (fs. 46, 83 vuelto y 199).

Como ya se indicó con anterioridad, desde el día dieciocho de febrero de dos mil diecisiete los señores Herson Manuel Ávalos Méndez e

son cónyuges, por lo cual, desde una perspectiva ética, el primero se encontraba inhibido de intervenir en el aludido nombramiento.

El señor Ávalos Méndez, en el oficio referencia 453/931/2021 de fecha veintisiete de julio de dos mil veintiuno (fs. 6 al 8), en el informe de fecha dieciséis de agosto de dos mil veintidós (fs. 182 y 183), y en sus escritos de defensa de fs. 99 y 100 y 369 expresa que a la señora

se le nombró como Residente de Medicina Paliativa ad honorem a partir de un proceso de selección realizado por la Unidad de Desarrollo Profesional del HNZ, en el que él no tuvo intervención, sino que la referida señora fue seleccionada por una comisión de evaluadores integrada por la Jefa de la Unidad de Desarrollo Profesional del mismo Hospital, el Coordinador del Diplomado “Medicina Paliativa” y catedrático de la Universidad Doctor “José Matías Delgado” y el Profesor del aludido Diplomado y Presidente de la Asociación Salvadoreña para el Estudio, Tratamiento del Dolor y Cuidados Paliativos.

Dicho investigado también señala que la señora obtuvo la calidad de Residente a partir del referido proceso de selección y no, por alguna decisión o evaluación que dependiera de él.

Para acreditar lo anterior, incorpora como prueba documental copia certificada por notario de un conjunto de documentos que identificó como “Expediente del proceso de selección de la Dra.

realizado por la Unidad de Desarrollo Profesional” del HNZ (fs. 102 al 153), entre los que figura la documentación que acredita los resultados del examen, entrevista y evaluación curricular aplicados a la aludida señora, para ser residente de la Especialidad de Medicina Paliativa (fs. 116 al 150). Estos resultados también se verifican en copias simples del acta suscrita por la mencionada comisión de evaluadores (fs. 47, 84 y 202).

Asimismo, el investigado indica que el referido nombramiento fue solicitado por el Coordinador de la Unidad del Dolor y Cuidados Paliativos y de la Residencia y Especialidad Médica

en Cuidados Paliativos. En relación a ello, se advierte que a f. 199 vuelto consta copia simple de memorando de fecha uno de marzo de dos mil veintiuno, suscrito por el referido Coordinador y dirigido al Director del HNZ, dando seguimiento a solicitud de nombramiento de la señora [redacted] o [redacted] como Residente de Medicina Paliativa en el mismo Hospital.

Respecto a los mencionados argumentos del investigado, cabe indicar que el artículo 36 de la Ley Especial para la Regulación de las Prácticas Clínicas de los Estudiantes de Internado Rotatorio, Año Social y Médicos y Odontólogos Residentes en Proceso de Especialización, establece entre los requisitos que debe cumplir todo aspirante para ser nombrado residente el de "*c) Haber aprobado el proceso de selección de residentes del Programa de Especialización Médica u Odontológica para el año académico correspondiente*".

En ese sentido, si bien la señora [redacted] o [redacted] se sometió a un proceso de selección, a efecto de cumplir el *requisito de aptitud* relacionado y ser nombrada Residente de la Especialidad Médica en Cuidados Paliativos en el HNZ, y que –en adición a ello– el Coordinador de la Unidad del Dolor y Cuidados Paliativos y de la Residencia y Especialidad Médica en Cuidados Paliativos del mismo Hospital solicitó su nombramiento, ello no desvirtúa que *fue el señor Herson Manuel Ávalos Méndez quien, en ejercicio de su autoridad y facultades como Director del mismo centro de salud, nombró formalmente a la aludida señora como Residente, pese a ser su cónyuge.*

En virtud de lo anterior, al hacer una valoración integral de los elementos de prueba recabados en el procedimiento, se ha establecido que, el día veinte de mayo de dos mil veintiuno, el señor Herson Manuel Ávalos Méndez nombró a su cónyuge, la señora [redacted] o [redacted], como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el HNZ, donde él ejercía autoridad, por ser el Director del aludido centro de salud.

Esta designación le permitió a la señora [redacted] o [redacted] desempeñar funciones encaminadas a obtener una nueva especialización médica en cuidados paliativos ya que –como se indicó previamente–, dicha facultativa únicamente contaba con la especialidad básica de Medicina Interna.

En este punto es necesario indicar que, en el aludido escrito de fs. 99 y 100 y 369, el investigado expresa que "(...) el nombramiento de residente no es cargo por el cual se genera un salario, sino (...) son médicos que están en un programa de especialidad (...)".

Con relación a ello, es dable indicar que el artículo 38 de la citada Ley Especial para la Regulación de las Prácticas Clínicas de los Estudiantes de Internado Rotatorio, Año Social y Médicos y Odontólogos Residentes en Proceso de Especialización, establece que la plaza de Residente es remunerada y, si no existe capacidad de pago y así lo acepte el Médico que aspire a hacer el Residentado, podrá realizarlo con plaza no remunerada.

En el caso particular, el nombramiento de la señora [redacted] o [redacted], como Residente de Medicina Paliativa en el HNZ, se realizó con carácter ad honorem y, sobre ello, es necesario mencionar que el ámbito de nombramientos en cargos públicos, no sólo está proscrito nombrar a cónyuges, convivientes, socios y parientes hasta el cuarto

grado de consanguinidad y segundo de afinidad, para que éstos desempeñen cargos públicos remunerados, sino también *ad honorem*, es decir, sin percibir remuneración proveniente de fondos públicos por ello.

Además, aun cuando el cargo a desempeñar en la Administración Pública no conlleve remuneración alguna, el nombramiento en el mismo resulta de interés para la persona designada, ya sea por obtener experiencia laboral, por adquirir conocimientos o por cualquier otra circunstancia personal. Así se pronunció este Tribunal en las resoluciones emitidas en los procedimientos con referencias 39-A-14, 6-O-15 Acum. 52-D-15/45-D-16 y 86-D-20 Acum. 87-D-20, los días once de enero y veintiséis de agosto de dos mil dieciséis, y cuatro de noviembre de dos mil veintidós, respectivamente.

Dado que en la mencionada Ley Especial se indica que el Médico Residente participa en un programa de residencia médica desarrollando un entrenamiento presencial e intensivo, con el fin de adquirir el grado de especialista –según definiciones de “Residentado” y “Médico Residente” del artículo 9–, en el caso de la señora

, si bien su residencia en Medicina Paliativa en el HNZ no conllevaba una remuneración, sí implicaba el beneficio personal de desarrollar el entrenamiento necesario para adquirir el grado de especialista y, por tanto, un mejor perfil profesional para acceder a otras oportunidades laborales.

En definitiva, al haber realizado el señor Ávalos Méndez el nombramiento relacionado en favor de su cónyuge –acreditado en este procedimiento mediante la prueba recabada–, se perfila una correspondencia clara e inequívoca entre ese comportamiento y la transgresión al artículo 6 letra h) de la LEG.

Ahora bien, la potestad sancionadora ejercida por este Tribunal se somete, entre otros principios, al de responsabilidad, regulado en el artículo 139 N.º 5 de la LPA, según el cual “*sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción las personas naturales y jurídicas que resulten responsables a título de dolo, culpa, o cualquier otro título que determine la ley*”.

Por tanto, es exigible, conforme a la referida disposición, que las sanciones que imponga este Tribunal –y cualquier otra autoridad administrativa– estén sustentadas, además, en la comprobación de un nexo subjetivo entre el autor y los hechos objeto de una sanción.

Este nexo “*(...) se puede manifestar como dolo, culpa, e incluso, para un grupo de infracciones administrativas denominadas “formales”, a nivel de inobservancia. Todas estas formas de imputación subjetiva, conllevan el destierro de la responsabilidad objetiva con la que se sanciona automáticamente por la realización de un hecho.*”

*En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la base de la exigencia de responsabilidad subjetiva se encuentra en la misma Constitución, en el artículo 12, al manifestar que “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...)”.* Además, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa son congruentes al expresar que no puede haber sanción sin culpabilidad.

*Por ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de referencia 376-2007 de fecha 13 de febrero de 2017 expresó que “los principios límites a la potestad sancionadora exigen que la infracción (...) se realice ya sea con intención o por culpa”.* Asimismo, la Sala de lo

01836000

Constitucional en la resolución de referencia 110-2015 de fecha 30 de marzo de 2016 también indicó que: “en materia administrativa sancionadora es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*, lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el *dolo* o *culpa* constituyen un elemento básico de las infracciones administrativas” (...) [Sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo de Santa Tecla, el día 29-VIII-2018, en el proceso referencia 00014-18-ST-COPC-2CO].

Además, la referida Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de referencia 508-2016 de fecha veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve, acotó que en materia administrativa sancionatoria, “(...) *las infracciones pueden ser atribuibles a cualquier título de imputación, sin que para ello se fije una regla general o una excepción [circunstancia que, si se configura en el derecho penal, por designio absoluto del legislador]. Por ello, corresponderá al aplicador de la norma, advertir si la infracción que se analice puede ser atribuida a título de dolo o culpa (...)*”.

En ese orden de ideas, en el presente caso el señor Ávalos Méndez, mientras se desempeñó como Director del HNZ, conforme al artículo 6 letra h) de la LEG tenía prohibido nombrar a su cónyuge para ejercer un cargo o función en ese mismo Hospital, sin embargo, se ha comprobado mediante este procedimiento que no se abstuvo de ello, sino que la nombró como Residente de Medicina Paliativa ad honorem, *aun teniendo la obligación de conocer la referida prohibición*.

De lo anterior, se concluye que el señor Ávalos Méndez, al tener la referida prohibición claramente definida en la LEG, y la obligación de conocerla, actuó con *dolo*, realizando el aludido nombramiento de su cónyuge.

Por tanto, se ha acreditado la existencia del nexo subjetivo entre el señor Ávalos Méndez y la conducta comprobada mediante este procedimiento –que es típica y antijurídica conforme al artículo 6 letra h) de la LEG– por lo que se sustenta la imposición de una sanción por la transgresión cometida.

#### **V. Sanción aplicable**

El Artículo 42 de la LEG prescribe: “Una vez comprobado el incumplimiento de los deberes éticos o la violación de las prohibiciones éticas previstas en esta Ley, el Tribunal sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere lugar, impondrá la multa respectiva, cuya cuantía no será inferior a un salario mínimo mensual hasta un máximo de cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio.

*El Tribunal deberá imponer una sanción por cada infracción comprobada”.*

El artículo 97 del RLEG prescribe que para la fijación del monto de la multa se tomará en cuenta el monto del salario mínimo mensual para el sector comercio vigente en el momento en que se cometió la infracción.

Según el Decreto Ejecutivo N.º 6 de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete, y publicado en el Diario Oficial N.º 240, Tomo 417, de fecha veintidós del referido mes y año, el monto del salario mínimo mensual urbano para el sector comercio vigente al momento en que tuvo lugar la conducta constitutiva de transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, de parte del señor Ávalos Méndez, es decir en mayo de dos mil veintiuno, equivalía a

trecientos cuatro dólares de los Estados Unidos de América (EE.UU) con diecisiete centavos (US\$304.17).

De conformidad con el artículo 44 de la LEG, para fijar el monto de la multa el Tribunal considerará uno o más de los siguientes aspectos: *i) la gravedad y circunstancias del hecho cometido; ii) el beneficio o ganancias obtenidas por el infractor, su cónyuge, conviviente, parientes o socio, como consecuencia del acto u omisión constitutivos de infracción; iii) el daño ocasionado a la Administración Pública o a terceros perjudicados; y iv) la capacidad de pago, y la renta potencial del sancionado al momento de la infracción.* Estos son, pues, los criterios de dosimetría que deben valorarse para que la sanción impuesta sea proporcional.

En este caso, los parámetros o criterios objetivos para cuantificar la multa que se le impondrá al señor Ávalos Méndez, son los siguientes:

*i) Respecto a la gravedad y circunstancias del hecho cometido.*

En el caso de mérito, la gravedad de la conducta antiética cometida por el señor Herson Manuel Ávalos Méndez deviene de la naturaleza y jerarquía del cargo que dicho señor desempeñaba cuando incurrió en ella –Director del HNZ–, pues su posición en un nivel superior, dentro de la cadena de mando de la organización, demandaba un comportamiento laboral coherente con la magnitud de sus responsabilidades y las decisiones que debía adoptar –particularmente, respecto a nombramientos– y, en consecuencia, demandaba también mayor rigor en el cumplimiento de la LEG, de manera que se constituyese incluso en un referente de conducta ética para el resto del personal de la citada dependencia.

*ii) El beneficio o ganancias obtenidas por la cónyuge del infractor, como consecuencia del acto constitutivo de transgresión:*

El *beneficio* es lo que la persona investigada u otras han percibido como producto de la infracción administrativa.

En ese sentido, el beneficio obtenido por la cónyuge del infractor, a partir de la conducta antiética establecida en este procedimiento, consistió en que la primera accedió al nombramiento formal como Residente de Medicina Paliativa ad honorem en el HNZ, por parte del Director de ese establecimiento de salud, para adquirir el grado de especialista y, por tanto, un mejor perfil profesional para lograr otras oportunidades laborales.

*iii) La renta potencial del sancionado al momento de la transgresión.*

En mayo dos mil veintiuno al señor Ávalos Méndez, por desempeñarse como Director del HNZ, se le remuneraba con un salario mensual de cuatro mil quinientos dólares de los EE.UU. (US\$ 4,500.00), según constancia expedida el día quince de agosto de dos mil veintidós por la Jefa de la División Administrativa del referido Hospital (f. 204).

En consecuencia, en atención a la gravedad de la conducta del señor Herson Manuel Ávalos Méndez, al beneficio obtenido por su cónyuge a partir de la misma y a la renta potencial del infractor, es pertinente imponerle a dicho investigado una multa de un salario mínimo mensual urbano para el sector comercio, de trescientos cuatro dólares de los EE.UU. con diecisiete centavos (US\$304.17), por la transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, cuantía que resulta proporcional a la infracción cometida según los parámetros antes desarrollados.

Por tanto, con base en los artículos 1 y 14 de la Constitución, III. 1 y 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1 y 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 6 letra h), 37 de la Ley de Ética Gubernamental, 95 y 97 del Reglamento de dicha Ley este Tribunal RESUELVE:

a) *Absuélvese* al señor Herson Manuel Ávalos Méndez, ex Director del Hospital Nacional “Dr. Juan José Fernández” Zacamil, del municipio de Mejicanos, departamento de San Salvador, por la transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, respecto al nombramiento de su cónyuge, la señora  
o  
, como Médico Especialista I (8 horas diarias) del referido Hospital, en enero del año dos mil veintiuno, por las razones expresadas en el apartado 4 del considerando IV de esta resolución.

b) *Sanciónase* al señor Herson Manuel Ávalos Méndez con una multa de trescientos cuatro dólares de los Estados Unidos de América con diecisiete centavos (US\$304.17), por haber transgredido la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, en razón que el día veinte de mayo de dos mil veintiuno nombró a su cónyuge, la señora  
o  
, como Residente de Medicina Paliativa –con carácter ad honorem– en el mismo Hospital, por las razones expresadas en el apartado 5 del considerando IV de esta resolución.

c) Se hace saber al investigado que, de conformidad a los artículos 39 de la Ley de Ética Gubernamental, 96 del Reglamento de dicha Ley, 104, 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos, para la presente resolución se encuentra habilitada la interposición del Recurso de Reconsideración, el cual es optativo para el agotamiento de la vía administrativa; y de disponer su utilización, deberá presentarse dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación respectiva.

*Notifíquese.*

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

4