

La presente resolución en su versión original **contiene datos personales y elementos de carácter confidencial**. En ese contexto es oportuno proteger la esfera privada de sus titulares. En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se extiende la segunda versión pública en aplicación del criterio de la 21-20-RA-SCA del 16/11/2020.

192-A-20

0000012

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las quince horas con veinte minutos del día diecinueve de marzo de dos mil veintiuno.

El día veintisiete de diciembre de dos mil veinte, por medio de la red social Twitter de este Tribunal, se recibió aviso contra la señora Diputada propietaria de la Asamblea Legislativa y actual Embajadora de El Salvador en los Estados Unidos de Norte América.

En dicho aviso se indicó que el día veintisiete de diciembre de dos mil veinte la mencionada servidora pública realizó “campaña” (sic) a favor del partido político Nuevas Ideas.

Asimismo, el informante anexó una fotografía de la publicación realizada en la cuenta denominada)” en la red social Twitter, en la cual que se lee “*Vota por la #NdeNayib*” (f. 1) y en la imagen se observa la letra “N DE NAYIB”, marcada con una equis.

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 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 1º 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 81 letra b) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental – RELEG– establece como causal de improcedencia de la denuncia o aviso que el hecho denunciado “*no constituya transgresión a las prohibiciones o deberes éticos*” regulados en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Ética Gubernamental –LEG–

Ciertamente, 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. En el caso particular, el informante alude que el día veintisiete de diciembre de dos mil veinte la señora _____, Diputada propietaria de la Asamblea Legislativa y actual Embajadora de El Salvador en los Estados Unidos de Norte América, habría realizado campaña política desde redes sociales, de lo cual se adjunta una fotografía de una publicación efectuada en la cuenta denominada “_____”)” en la red social Twitter, en la cual que se lee “*Vota por la #NdeNayib*” (f. 1) y en la imagen se observa la letra “N DE NAYIB”, marcada con una equis.

A partir de lo antes expuesto, debe acotarse que la ética pública, si bien es un instrumento necesario en la Administración Pública, en tanto, orienta las acciones humanas, esta se refiere “a la ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito público” (Bautista, O., *Ética Pública y Buen Gobierno*, 2009, p.31). Es decir, que la ética se materializa en cada acto que realizan los servidores públicos dentro del ejercicio de su función pública.

En este sentido, es preciso referir que las redes sociales son “*un servicio basado en Internet que permite a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión, y ver y recorrer su lista de conexiones y de las hechas por otros dentro del sistema. Lo que hace a los sitios de red social únicos no es que permita a las personas encontrarse con desconocidos, sino que permite a los usuarios integrar y hacer visibles sus contactos*” (citado por Ibáñez, M., en *Redes sociales para PYMES. Introducción al Community Management*. España, 2014, p. 11).

Particularmente, la red social Twitter es una red denominada microblogging; en la cual “*(...) las publicaciones (llamadas tweets* o tuits) son mensajes de texto que no superan los 140 caracteres, que pueden incluir enlaces o adjuntar una imagen, y convierten a Twitter en una red de información en tiempo real que te conecta con las últimas historias, ideas, opiniones y noticias sobre lo que encuentras interesante*” (Ibáñez, M., óp. cit., p.17).

Asimismo, una vez registrado en la red social “*hay que elegir el nombre de usuario, que en la plataforma irá precedido por @. Los usuarios pueden suscribirse a los Tweets de otros usuarios, convirtiéndose en seguidores (followers)*”. (Ibáñez, M., óp. cit., p.171).

Por tanto, de la imagen agregada a f. 1 se verifica que ésta se publicó en la cuenta identificada como _____” en la red social antes aludida, contenido relacionado con el partido político Nuevas Ideas; cuenta de la cual no se tiene la certeza que sea de la propiedad, dominio y administración de la servidora pública en comento.

Ahora bien, es preciso indicar que en cuyo caso la cuenta denominada “Milena Mayorga” sea de carácter personal de la investigada, el contenido compartido en la misma no se convierte en información oficial de la Asamblea Legislativa o del Ministerio de Relaciones Exteriores, pues

no es un medio oficial por medio del cual ejerza sus funciones públicas, siendo parte de su vida privada.

De tal manera, al realizar el análisis del hecho planteado en el aviso interpuesto, se determina que la acción atribuida a la señora _____, habría tenido origen en la supuesta cuenta personal de Twitter, y no desde la cuenta oficial de la Asamblea Legislativa o del Ministerio de Relaciones Exteriores; por tanto, no tiene incidencia en la función pública, entendida, en los términos establecidos en el artículo 3 letra a) de la LEG, como "*Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos*"; pues la publicación de información en la cuenta personal de redes sociales no constituye una actividad que represente a la institución pública que dirige, por lo que no existen aspectos que puedan vincularse con la ética pública, ni la posible configuración de contravención a deberes o prohibiciones éticas, de las reguladas en la LEG.

En efecto, es menester dilucidar que la tipificación de conductas y establecimiento de sanciones es creada por el legislador y no por la autoridad administrativa, pues ésta última lo que realiza es su aplicación, como manifestación del respeto a la legalidad y a la seguridad jurídica.

En razón de lo anterior, este Tribunal se encuentra impedido para conocer respecto de los hechos antes señalados.

Por tanto, con base en lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 6 y 7 de la Ley de Ética Gubernamental 81 letra b) del Reglamento de dicha ley, este Tribunal **RESUELVE**:

Declárase improcedente el aviso presentado por los hechos y consideraciones descritas en el considerando II de la presente resolución.

PRONUNCIADO POR ~~LOS~~ MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

Co7

VOTO DISIDENTE DEL MIEMBRO DEL TRIBUNAL,

No acompaño la anterior decisión emitida por la mayoría de los miembros que conforman este Tribunal, por la cual se declara improcedente y, en consecuencia, se ordena el archivo del expediente, dado que me parece que el Tribunal soslaya el análisis que en esta etapa debe hacerse respecto al aviso interpuesto y que se basa en la supuesta acción de la señora _____ Diputada propietaria de la Asamblea Legislativa y actual Embajadora de El Salvador en los Estados Unidos de Norte América, de hacer propaganda a favor de un partido político, a través del uso de las redes sociales, en la fecha que se ha indicado.

Al respecto, la mayoría del Tribunal en la motivación de su decisión únicamente señala que *“la acción atribuida a la señora [redacted], habría tenido origen en la supuesta cuenta personal de Twitter, y no desde la cuenta oficial de la Asamblea Legislativa o del Ministerio de Relaciones Exteriores; por tanto, no tiene incidencia en la función pública”*, y ello se vincula a lo dispuesto en el artículo 3 letra a) de la Ley de Ética Gubernamental, con la pretensión de justificarlo en que dicha actividad no tiene incidencia en la función pública *“pues la publicación de información en la cuenta personal de redes sociales no constituye una actividad que represente a la institución pública que dirige, por lo que no existen aspectos que puedan vincularse con la ética pública, ni la posible configuración de contravención a deberes o prohibiciones éticas, de las reguladas en la LEG”*.

Considero importante señalar acerca de lo expuesto por el Tribunal, que reduce el ámbito de análisis de conductas que pudieran reñir con la ética pública, en casos como este, a la fuente desde donde se hacen este tipo de actividades, es decir, se indica que únicamente serán evaluables en esta sede las conductas que se sirvan de redes sociales, si estas están vinculadas a “cuentas oficiales” de instituciones públicas, porque solo de ellas es posible verificar si se ha incumplido algunos de los deberes o se ha incurrido en alguna de las prohibiciones éticas dispuestas en la ley especial.

Las redes sociales se constituyen en un instrumento tecnológico que permite la difusión de las ideas, imágenes, textos y otro tipo de material a un grupo específico de personas o a la totalidad de los miembros que se encuentran registrados en las mismas; por lo que su intención es la exposición de material por parte de quien comparte esta información a través de una cuenta cuyo alcance depende de este (a un grupo específico de personas o a la colectividad). Se trata de una modalidad de comunicación novedosa, pero que cada vez más incide en el tránsito de información en nuestra sociedad y que genera conocimiento de muy diversa índole.

Esta realidad que no puede ser desconocida en el ámbito de la administración pública y del control de las acciones que los servidores públicos realizan a través de estos medios de comunicación en red, dado que pueden generar conductas que estén legalmente catalogadas como infracciones a la ética pública y que, por tanto, deban propiciar una investigación dentro del procedimiento sancionatorio dispuesto legalmente para determinar responsabilidades en esta materia.

El Tribunal en esta decisión acepta parcialmente esta tesis, porque indica que el uso de las redes sociales institucionales sí puede ser objeto de examen en esta clase de procedimientos, al afirmar que como en el caso sometido a análisis se trata de un cuenta personal -es decir no oficial- no tiene incidencia en la función pública; es decir, a consideración de la mayoría de miembros de este colegiado, si se tratara de una cuenta oficial sí tendría relevancia ética y por tanto, lo informado podría someterse a examen.

Sobre este punto, es importante destacar lo que en la jurisprudencia constitucional se ha señalado respecto a la calidad de funcionario público y como esta debe entenderse respecto a actividades que pudieran constituir un prevalimiento del cargo para fines políticos. Así, en la sentencia definitiva emitida en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 8-2014, de fecha veintiocho de febrero de dos mil catorce, que analizó la constitucionalidad de las Disposiciones para regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el mismo conlleva; la Sala de lo Constitucional al hacer el contraste constitucional propuesto, tomando como parámetro lo prescrito en el artículo 218 de la Constitución, precisó algunos conceptos que me

parecen importantes para el entendimiento de mi postura respecto a la conducta sometida a análisis en este expediente, y que debió generar una decisión diferente por parte del Tribunal en esta etapa inicial del procedimiento.

Se dice en la relacionada jurisprudencia que *“el respeto al principio de imparcialidad no se trata solo de una exigencia ética, dirigida a la esfera interna del servidor estatal, sino que tiene una proyección externa y visible, que cubre toda actuación que pueda ser percibida —en forma objetiva y razonable— como parcial. De acuerdo con este principio, los servidores estatales deben abstenerse de realizar conductas o propiciar situaciones que evidencien la existencia de un interés personal o partidario que pueda influir en el ejercicio de sus funciones, prevaleándose para ello de su cargo. Asimismo, aunque por lo general el estatuto de los servidores públicos se concentra en las actuaciones propias del desempeño del cargo, el principio de imparcialidad citado obliga a prestar atención a ciertos aspectos que normalmente integrarían la vida privada, personal o cotidiana del servidor estatal. La extensión de las implicaciones de los principios constitucionales del servicio civil (imparcialidad, neutralidad política, objetividad) más allá del ámbito funcional es una consecuencia legítima de la finalidad de favorecer el desarrollo de una administración pública profesional y confiable. En este sentido, es claro que las obligaciones éticas inherentes a un cargo pueden incidir en la vida privada del funcionario, cuando se afecte la confianza y la estima de la respectiva institución”; y continúa señalando el referido tribunal respecto a que prevalerse del cargo para hacer política partidista *“implica, por un lado, abusar de los elementos tangibles de la condición de servidor público, ya sea el elemento humano, como el tiempo de servicio, competencias laborales, redes interpersonales creadas o destinadas al desarrollo de la función; o del elemento material: recursos, fondos, bienes públicos y objetos similares; todo ello para favorecer a un partido político determinado. Sin embargo, también constituye una forma de prevalerse de la calidad de servidor público el aprovechamiento indebido de los elementos intangibles de dicha condición, especialmente, de la respetabilidad, autoridad social, consideración, estima o tratamiento que el cargo implica, mientras se tenga —y se tiene siempre en tanto no se renuncie a él—, desviándolo de su finalidad de interés público para beneficiar intereses partidarios. Como parece claro, la dimensión institucional del contenido de la prohibición es una consecuencia necesaria del alcance de los principios constitucionales del servicio civil y es la que trasciende al mero ejercicio de la función, proyectándose incluso sobre ámbitos de conducta que ordinariamente se consideran típicos de la vida personal o privada del servidor público”* (subrayado propio).*

Es precisamente a partir de consideraciones como las expuestas por la jurisprudencia constitucional que resulta reducido el análisis efectuado por la mayoría de miembros de este Tribunal, al limitarse a verificar un aspecto que no soslaya la obligación de verificar si la conducta objeto de aviso se relaciona con alguna de las infracciones éticas dispuestas legalmente. En este punto debo aclarar que no se trata de un juicio de responsabilidad el que considero debe hacerse en esta etapa inicial del procedimiento, sino que existe la información suficiente que permite avalar el inicio de la investigación preliminar para que, luego del desarrollo de la misma, se determine si existe elementos para configurar el cometimiento de una infracción ética que merezca una sanción en los términos de la ley; o, por el contrario, si esta es una conducta que no genera ese tipo de infracciones y como consecuencia, se determine una exoneración de lo señalado.

Así, este Tribunal en su jurisprudencia ha indicado el alcance de la investigación preliminar y el inicio del procedimiento administrativo señalando que *“Efectivamente, el artículo 82 inciso 1° del Reglamento de la LEG establece que el propósito de la investigación preliminar es determinar con precisión: a) los hechos que pudieren ser objeto de sanción por vulnerar la Ley, b) la identidad de los posibles infractores y c) cualquier otra circunstancia que estime relevante para el esclarecimiento de los casos.*

Es decir que esa etapa pretende robustecer o desvanecer los elementos que permitan determinar si se abre el procedimiento en los términos de los artículos 34 inciso 1° de la LEG y 84 del Reglamento de dicha Ley”. (Resolución de trámite de fecha 20 de octubre 2020, expediente 209-D-17).

“Es dable indicar que la apertura del procedimiento no supone un prejuzgamiento de la conducta señalada a los licenciados (...) y (...), sino que constituye un acto de trámite que tiene por objeto informarle sobre la transgresión que se le atribuye para que pueda ejercer su derecho de defensa en el plazo correspondiente.

Aunado a lo anterior, este Tribunal tiene a bien mencionar que la comprobación de los hechos que se les atribuyen a los referidos profesionales se encuentra dentro la fase probatoria antes mencionada, la cual tendrá como finalidad aportar y ofrecer toda la prueba que afirmen los supuestos denunciados a los investigados” (Resolución de trámite de fecha 18 de marzo de 2019, expediente 130-D-15).

Este examen inicial es el que considero que este Tribunal debió propiciar en este expediente, porque la razón de finalizarlo de manera anticipada desconoce que el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) requieren de un análisis orientado al entendimiento de cómo funcionan las mismas y su impacto o no en la gestión del servicio público y, dentro de este, del cumplimiento de los postulados de la ética pública cuyo control le corresponde al Tribunal.

Reitero, los hechos puestos en conocimiento de este expediente debieron generar un debate acerca de estas nuevas modalidades de comunicación en el ejercicio de la función pública más allá de su origen porque se trata del uso de redes sociales, es decir mecanismos que pretenden la difusión de las ideas o información; no hacerlo limita de manera insostenible el actuar de este Tribunal porque, como se ha dicho, el ámbito personal de los servidores públicos puede ser incidente para determinar la existencia de infracciones a la ética pública. Definir pues, si el uso de redes sociales personales impacta o no en la gestión pública y sobre todo si puede o no vincularse al comportamiento ético que se requiere de los funcionarios públicos es un aspecto importante y que debió generar un análisis más profundo por parte de este Tribunal, en relación con los aspectos mencionados y otros que pudieron surgir en el desarrollo del procedimiento.

Considero que el Tribunal pierde una oportunidad importante de analizar estos temas que cada vez son más comunes en nuestra sociedad y que tienen relevancia en el ámbito de la ética pública. Y es que, como he dicho, no se trata de una determinación de responsabilidades a priori respecto a lo señalado en este caso, sino más bien, de la existencia de los elementos mínimos necesarios para abrir una investigación que lleve a determinar si, en este caso, la Diputada propietaria de la Asamblea Legislativa y actual Embajadora de El Salvador en los Estados Unidos de Norte América, incurre o no en una posible transgresión a la prohibición ética relativa a *“Prevalerse del cargo para hacer política partidista”*, regulado en el artículo 6 letra l) de la Ley de Ética Gubernamental. Y es en el

desarrollo del procedimiento que se debería verificar la defensa que alegó en su informe y otras que pudieran surgir en el ejercicio de sus derechos.

Por todo ello, al discrepar de la decisión que en mayoría tomó este Tribunal, considero que lo legalmente procedente era iniciar la investigación preliminar del procedimiento administrativo sancionador contra la señora _____, Diputada propietaria de la Asamblea Legislativa y actual Embajadora de El Salvador en los Estados Unidos de Norte América, por la posible transgresión a la prohibición ética establecida en el artículo 6 letra l) de la Ley de Ética Gubernamental, en virtud de los hechos descritos en el considerando I de la resolución de la que me aparto. Así mi voto.

PRONUNCIADO POR EL MIEMBRO DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBE.