

25-D-18

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

Por agregado el escrito suscrito por [REDACTED] (fs. 7 y 8).

Al respecto, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. Mediante resolución de fecha diecinueve de marzo del año dos mil dieciocho (f. 5) se previno al [REDACTED] en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la comunicación respectiva, indicara de manera clara los hechos concretos contrarios a la ética que atribuye al señor Julio Alberto Olivo Granadino, Presidente del Tribunal Supremo Electoral -en lo sucesivo TSE-.

En ese sentido, manifiesta [REDACTED] que con el fin de cumplir con la prevención realizada, los hechos que atribuye al señor Olivo Granadino son los siguientes: a) El día siete de febrero del año dos mil dieciocho, dicho funcionario público se hizo presente a un evento desarrollado por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer -ISDEMU-, entidad pública adscrita a la Presidencia de la República y, por ende, al Gobierno Central del partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional -FMLN-, razón por la cual el señor Olivo Granadino, en su calidad de Presidente del TSE, participó en un acto político realizado por funcionarios del partido FMLN; y, b) En el referido evento, la señora Vanda Pignato hizo un llamado al público asistente a votar por los proyectos del FMLN, realizando inmediatamente una consulta verbal al señor Olivo Granadino, en su calidad de Presidente del TSE, si estar solicitando públicamente el voto a favor dichos proyectos estaba o no prohibido por la ley, sin que el mencionado funcionario haya realizado algo por desligarse de ese cuestionamiento, a sabiendas que esa conducta está prohibida por el Código Electoral; por lo que se convierte en un “aval tácito” de ese funcionario público ante la petición de voto para un partido político, y lo que -a juicio del denunciante- constituye un acto de “proselitismo político encubierto”.

II. Según el portal web del TSE -www.tse.gob.sv-, el nombre correcto del funcionario público denunciado es Julio Alfredo Olivo Granadino.

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

No obstante ello, el artículo 81 del Reglamento de la LEG establece los supuestos que constituyen causales de improcedencia de la denuncia, tal como que el hecho denunciado no constituya transgresión a las prohibiciones o deberes éticos, de acuerdo a los términos establecidos en la letra b) de la disposición aludida.

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 solo 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.

IV. En el caso particular, es preciso indicar que el denunciante basa sus hechos en la supuesta infracción a la prohibición ética de “*Prevalerse del cargo para hacer política partidista*”, regulada en el artículo 6 letra l) de la LEG, pues estima que el señor Julio Alfredo Olivo Granadino, Presidente del TSE, al haber participado en un evento realizado por el ISDEMU, institución pública adscrita a la Presidencia de la República y por ende al Gobierno Central, asistió a un acto político organizado por funcionarios del FMLN y porque “avaló tácitamente” que otra funcionaria pública –en un acto de una entidad gubernamental– hiciera actos de proselitismo político partidario, al omitir una respuesta a la pregunta que le formuló la señora Vanda Pignato, referente a que si ella al solicitar el voto a favor de los proyectos del FMLN estaría violando o no la ley, lo que constituye –según el denunciante– un “acto de proselitismo encubierto”.

Ahora bien, con base a los hechos antes descritos debe construirse la línea argumentativa de la decisión que adoptará este ente, debiendo exponer los razonamientos relativos a la tipicidad de los mismos.

1. La potestad sancionadora de la Administración tiene tres elementos esenciales, a saber: “(i) es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; (ii) tiene un efecto aflictivo (...); y, (iii) tiene una finalidad represora (...). (Sentencia de Inc. 175-2013 de fecha 3-II-2016, Sala de lo Constitucional). Ello implica que para que un ente administrativo pueda entablar un procedimiento sancionador, debe estar habilitado por ley, encontrándose en ésta, la delimitación de su ámbito de competencia.

2. El principio de *legalidad*, “[...] impone el actuar riguroso de la Administración conforme lo que estipule la ley en cuanto a la creación de catálogo predeterminado, claro y preciso de las infracciones penales y administrativas”. (Sentencia del 29-IV-2013, Inc. 18-2008, Sala de lo Constitucional).

Por tanto, para considerar una posible infracción administrativa, deben existir elementos que indiquen un “comportamiento contraventor de lo dispuesto en una norma jurídica, ya sea por realizar lo prohibido o no hacer lo requerido (...)” (Sentencia 92-P-2000, de fecha 03-XII-2001, Sala de lo Contencioso Administrativo). Es decir, que la infracción, posee los componentes esenciales siguientes: “1) una acción u omisión que vulnera un mandato o prohibición legal; 2) la sanción; es decir, que el ordenamiento prevea una reacción de carácter represivo; 3) Tipicidad, es decir, el hecho debe estar previsto; y, 4) Culpabilidad” (Sentencia 39-D-96, de fecha 29-VIII-1997, Sala de lo Contencioso Administrativo).

V. 1. Con relación a la supuesta participación del señor Olivo Granadino, en calidad de Presidente del TSE, en un “acto político” –según el denunciante– por el hecho de haber sido organizado y convocado por “funcionarios del FMLN”, es dable establecer que este Tribunal ha constatado en el portal web del ISDEMU –www.isdemu.gob.sv– que efectivamente el día siete de febrero del año del año dos mil dieciocho, esa institución impulsó un evento público que consistió en la firma de una Declaración denominada “Más Mujeres más igualdad”; con el que se pretendía promover un espacio de diálogo entre las mujeres de la sociedad civil y las mujeres que participarían de forma activa en la política nacional; el cual contó con la asistencia de servidores públicos de

diferentes instituciones y algunas de las candidatas a Diputadas, Alcaldesas y Regidoras de los partidos políticos que estaban en contienda para las elecciones que se desarrollarían en el mes de marzo del año dos mil dieciocho.

Sobre este punto es procedente indicar que de acuerdo a la denominada Teoría del Órgano, el Estado se encuentra integrado por un conjunto de Órganos -personas jurídicas- a cuyo cargo está la realización de las actividades estatales, los cuales expresan su voluntad por medio de personas físicas.

Es así como en materia administrativa existen dos figuras dentro de la estructura estatal, el Órgano Institución conformado por el conjunto de atribuciones, competencias y poderes que lo individualizan dentro de la Administración Pública, y el Órgano Persona, es decir los individuos, personas físicas o naturales, quienes desarrollan la actividad encomendada a la persona jurídica, siendo así que adoptan decisiones y emiten manifestaciones de voluntad en nombre de ésta, ya sea de manera colegiada o de forma individual. El Órgano Persona a diferencia del Órgano Institución, es transitorio y cada individuo o funcionario actúa dentro de la competencia del respectivo ente del cual forma parte. (Sentencia 345-2012, de fecha 10-VI-2014, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia).

Y dado que según la Constitución -Cn- el sistema político de nuestro país es pluralista, los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno, pero ello no debe suponer que las actuaciones realizadas por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, constituyan actos partidarios del instituto político que los condujo al poder, sino que las instituciones como integrantes de la Administración Pública -a través del Órgano Persona- ejercen función pública.

En ese sentido, el artículo 218 de la Cn al determinar que "*Los Funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada (...)*", establece los fines principales que deben orientar la configuración y la ejecución del servicio civil, entendido como el cuerpo de funcionarios y empleados que prestan servicio en el ámbito de los órganos públicos del Estado, lo que implica que el ejercicio de la función pública impone el cumplimiento del denominado *principio de neutralidad político partidaria del servicio civil*, el cual conlleva la desvinculación entre los funcionarios y empleados públicos y el servicio a "una fracción política determinada"; es decir, a la obligación de sujeción de la Administración pública a los órganos de gobierno, con independencia de la opción político-partidaria que lo integre, siempre dentro del marco de los intereses generales. (Sentencia de Inconstitucionalidad 8-2014, de fecha 28-II-2014, Sala de lo Constitucional).

Con base en lo anterior, no es posible considerar como válida la deducción realizada por el denunciante, puesto que participar en un evento organizado por otra entidad gubernamental, en calidad de funcionario o servidor público, no implica -prima facie- que éste constituya un "acto político" únicamente por el hecho que los funcionarios titulares de la institución organizadora sean afines a una ideología política, por el contrario, dichas actuaciones están amparadas en el ejercicio de la función pública del Estado, la cual debe ejercerse con razonamientos no partidistas o particulares, en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz.

En consecuencia, al haber sido convocado a asistir al evento del ISDEMU, el señor Olivo Granadino en principio atendía un evento institucional de la entidad que lo convocó.

2. En cuanto a la probable infracción a la prohibición ética de *“Prevalerse del cargo para hacer política partidista”*, regulada en el artículo 6 letra l) de la LEG, por parte del señor Olivo Granadino, en calidad de Presidente del TSE, por un supuesto aval tácito al permitir que otra funcionaria pública –en un evento de una entidad gubernamental– realizara actos de proselitismo político encubierto, este Tribunal estima pertinente hacer las siguientes acotaciones:

La prohibición ética en referencia pretende evitar que un servidor público se valga o aproveche de la posición de superioridad o ventaja que le otorga su cargo respecto de una circunstancia, persona o cosa concreta para hacer política partidista, es decir, para promover un partido, a un candidato legalmente inscrito o a una ideología política determinada. Por consiguiente, deben concurrir acciones u omisiones del infractor con el propósito claro de hacer política partidista.

Respecto de ello, la Sala de lo Constitucional (SC) ha interpretado que *‘Prevalerse’ [...] implica, por un lado, abusar de los elementos tangibles de la condición de servidor público, o del elemento material: recursos, fondos, bienes públicos y objetos similares; todo ello para favorecer a un partido político determinado [...] también 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, desviándolo de su finalidad de interés público para beneficiar intereses partidarios; es decir, la regla contenida en la citada disposición prohíbe que el servidor público aprovechándose de todo lo que conlleva ostentar un cargo público, realice política partidista. (Sentencia de Inconstitucionalidad 8-2014, de fecha 28/2/2014, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).*

No obstante lo anterior, en este caso el denunciante atribuye una prevalencia del cargo al señor Olivo Granadino, en razón de que al ser cuestionado por la señora Vanda Pignato si estaba prohibido o no por la ley solicitar el voto a favor del proyecto “Ciudad Mujer”, el servidor público denunciado habría omitido dar una respuesta al mismo.

Este Tribunal al verificar los hechos objeto de la denuncia en el link proporcionado por el denunciante, publicado en la red social “youtube”, específicamente en el canal de noticias denominado “Orbita TV” (https://youtu.be/Ew441_ITn5c), donde consta grabado el evento aludido, se advierte que la señora Pignato en su participación, en lo pertinente, manifestó: *“Por eso es importante, ojalá el Presidente del Tribunal Supremo Electoral no diga que es prohibido, es importante a la hora que votar, voten por Ciudad Mujer, es muy importante. ¿Eso no está mal, verdad Presidente?, ¿sí o no?, no, no está mal verdad. Incluso todos los partidos que están aquí apoyan Ciudad Mujer, incluso el PCN, Democracia Salvadoreña, PSD... solo hay un partido que no apoya Ciudad Mujer”*.

Al respecto, es preciso señalar que en materia administrativa sancionadora, para que exista culpabilidad por omisión el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad –por las razones que sean–, no puede hablarse de omisión.

Por lo que, la omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer y que la administración pública espera que haga, porque le está impuesto el deber legal de ejecutarla.

Así, todas las cualidades que constituyen la acción en activo (finalidad y causalidad), han de estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión y, por ende, de la infracción de un deber jurídico.

En ese orden de ideas, dado que el día siete de febrero del año dos mil dieciocho el señor Olivo Granadino, Presidente del TSE, únicamente había asistido al evento organizado por el ISDEMU como invitado, en representación de la institución para la cual labora y en el cual no tuvo ninguna participación activa, no estaba obligado a responder al cuestionamiento realizado por la señora Pignato, puesto el mismo se efectuó de manera informal y en condiciones en las que dicho funcionario no podía actuar de forma diferente a lo acaecido, es decir, omitir dar una respuesta al cuestionamiento señalado.

Por ello, este Tribunal estima que la omisión de respuesta imputada al señor Olivo Granadino, no se configura al supuesto de hecho establecido en la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra l) de la LEG.

En consecuencia, conforme a lo regulado en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG, las conductas atribuidas al denunciado son atípicas y, por ende, no pueden ser fiscalizadas por este Tribunal.

VI. Dado que [REDACTED] en la narración de los hechos denunciados hizo referencia a que estimaba se habían violado los principios éticos de imparcialidad, transparencia, responsabilidad, legalidad, lealtad y decoro, regulados en el artículo 4 letras d), f), g), h), y j) de la LEG, es preciso hacer la siguiente acotación:

El Derecho se conforma de principios, valores y normas, siendo todos ellos componentes de los cuerpos normativos que integran el ordenamiento jurídico en general. Así, en el caso específico de los principios –que para el caso bajo conocimiento atañe desarrollar–, éstos “representan proposiciones jurídicas o directivas, pero no tienen un desarrollo normativo; es decir, el principio es más bien un criterio fundamental en sí mismo” –López Olvera, M. *La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos en México*, 1ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p.95 –. En este sentido, constituyen pautas de interpretación y formas de comprensión de las normas jurídicas, de las cuales son rectores, o en otras palabras es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento.

La Ley de Ética Gubernamental, establece en el artículo 4, una serie de principios institucionales, atribuidos a la Ética Pública, los cuales deben regir el actuar de todos aquellos servidores que forman parte de la Administración Pública. Sin embargo, estos principios poseen una estructura abierta e indeterminada, cuya proposición no está formada por un supuesto de hecho al que se le pueda atribuir una consecuencia jurídica, como sí están compuestas las conductas tipificadas por los artículos 5, 6 y 7 de la LEG.

De tal manera, en resolución del 23-I-2013 pronunciada en el procedimiento administrativo referencia 194-D-12, este Tribunal sostuvo que “Los principios de la ética pública son postulados normativos de naturaleza abstracta que establecen lineamientos para el desempeño ético en la función

pública y constituyen una guía para la aplicación de la ley de la materia pero no son objeto de control directo de este Tribunal, pues su competencia se limita al incumplimiento de los deberes y prohibiciones éticas”. Por tanto, para poder conocer un supuesto de hecho en el procedimiento sancionatorio, el hecho denunciado no solo debe constituir una transgresión a los principios de ética pública, sino que además –a fin de atribuirle una consecuencia jurídica– debe estar necesariamente vinculado a alguno de los deberes y prohibiciones regulados en la LEG.

Esto es así, ya que si bien los principios regulados en el artículo 4 de la LEG tienen referencia directa y presencia en las conductas contrarias a la ética pública –reguladas en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG–, éstos no constituyen un parámetro normativo para la calificación de conductas antiéticas; ya que se configuran como mandatos vinculantes para los sujetos sometidos a la Ley, pero de realización relativa, es decir, que pertenecen al ámbito deontológico o del “deber ser”; sin embargo, su inobservancia se encuentra tutelada, a través de las consecuencias jurídicas establecidas para las conductas tipificadas por la LEG, donde encuentran conexión.

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

Declárase improcedente la denuncia presentada por [REDACTED] Prieto en contra del señor Julio Alfredo Olivo Granadino, Presidente del Tribunal Supremo Electoral, por las razones expuestas en el considerando V de la presente resolución.

Notifíquese.



PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN



C07