

60-A-19

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las once horas con veinte minutos del día veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Analizado el aviso recibido contra las señoras Delmy Romero y Berta Ana Domínguez de Funes, en ese orden, Directora y Subdirectora de Auditoría “7” de la Corte de Cuentas de la República –CCR–; en el cual se señalan los siguientes hechos:

i) La señora Berta Ana Domínguez de Funes, Subdirectora de Auditoría “7” de la CCR, salió del país el día jueves veintiocho de febrero de dos mil diecinueve y regresó el día martes cinco de marzo de ese mismo año, para lo cual utilizó permisos “particulares” tomados de “una sola vez”; sin embargo, -considera el informante– éstos son para utilizarlos en el año. Además, tiene solo permiso de la señora Delmy Romero, Directora de la aludida entidad, sin consultar a la presidencia de esa institución.

Aunado a lo anterior, el informante refiere que la señora Domínguez de Funes presentó específicamente permiso “particular” los días jueves veintiocho de febrero y viernes uno de marzo de dos mil diecinueve, pero el día cuatro de marzo de ese mismo año andaba sin permiso y se preveía su regreso el siguiente día – cinco del mismo mes y año–, ello con el consentimiento de la señora Romero.

ii) Asimismo, manifiesta el informante que en otros años la señora Berta Ana Domínguez de Funes utilizó permisos por enfermedad para salir fuera del país y la misma señora Delmy Romero se los firmó. Finalmente, – el primero asevera – si se revisa las salidas en migración de cinco años atrás y corroboran con los permisos que están en Recursos Humanos de la CCR, verán que hizo fraude para salir.

Al respecto, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. El poder sancionatorio que tiene este ente administrativo contralor de la ética en la Función Pública, ha sido habilitado constitucionalmente por el artículo 14 de la Constitución, siendo una potestad jurídicamente limitada por la ley, que constituye una de las facetas del poder punitivo del Estado.

De igual forma, 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.

De esta manera, el ejercicio de las facultades y competencias de este Tribunal, es un reforzamiento de los compromisos adquiridos por el Estado a partir de la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es así como el legislador, consciente de la importancia que el desempeño ético de la función pública reviste en un Estado de Derecho, estableció un catálogo de deberes que deben regir el actuar de todos aquellos que forman parte de la Administración Pública; además, de un listado de conductas que conforman materia prohibitiva para el proceder de estos sujetos.

II. No obstante lo anterior, el artículo 81 letras b) y d) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental –RELEG– establece como causales 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–, y “sea de competencia exclusiva de otras instituciones de la Administración Pública”.

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.

III. De los hechos descritos en el aviso, se atribuye a la señora Berta Ana Domínguez de Funes, Subdirectora de Auditoría “7” de la CCR que en el año dos mil diecinueve utilizó todos sus permisos “particulares” de “una sola vez”. Por otra parte, se manifiesta que en otros años la señora Domínguez de Funes habría utilizado permisos por enfermedad para ausentarse de sus labores, con los cuales –el informante asegura– hizo fraude para salir del país dicha señora.

Al respecto es preciso acotar que *“el principio de tipicidad como derivación del principio de legalidad en materia punitiva, impone el límite a la Administración que únicamente pueda sancionar a una persona cuando exista previamente un tipo administrativo que describa de manera certera una conducta considerada ilegal”* (Resolución pronunciada el 26-VI-2018 por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 00011-18-ST-COPA-2CO).

Además, cabe resaltar que la prohibición ética regulada en el art. 6 letra e) de la LEG pretende evitar que los servidores públicos realicen actividades ajenas al quehacer institucional durante su jornada ordinaria de trabajo, salvo que exista una justificación legal para ello.

Así, en el caso particular, debe precisarse que de conformidad al art. 5 numeral 1) de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, se habilita a que se concedan licencias con goce de sueldo por enfermedad; y, el art. 6 de dicho cuerpo normativo establece, además, que “proceden las licencias con goce de sueldo, por enfermedad, en el caso de que ésta incapacite al empleado para un trabajo eficaz o vuelva imperioso el descanso del paciente para su curación, estos extremos (...), deberán comprobarse por medio de una certificación extendida por un médico (...)”.

Por tanto, el período de licencia gozada por cinco días durante el año dos mil diecinueve por la señora Berta Ana Domínguez de Funes habría sido autorizada por la Directora de Auditoría “7” de la CCR, es decir, su jefe inmediato; por lo que, dado que se configura una de las excepciones a la prohibición aludida, no es posible atribuir la misma. Esto es así, pues cuando se otorgan licencias permitidas por la ley, correctamente tramitadas y autorizadas, las autoridades de las instituciones públicas no tienen control sobre las actividades que realiza el servidor público que goza de las mismas, pues no se encuentra dentro de la institución pública o sometido a un horario ordinario de trabajo, *v. gr.* de las licencias personales o por enfermedad justificadas con incapacidades médicas; mismo criterio que fue anteriormente adoptado en las resoluciones dictadas en los casos referencias 179-A-16, de fecha diez de junio de dos mil diecinueve, y 10-O-18 del día dos de diciembre de ese mismo año.

Si bien el informante manifiesta que dichos permisos se habrían otorgado sin consultar a la presidencia de la CCR, así como que en “otros años” la señora Domínguez de Funes habría utilizado permisos por enfermedad para salir de viaje, y por lo cual habría hecho “fraude”, según el informante; sin embargo, esas circunstancias se relaciona a supuestas irregularidades en el acto de autorización de dichos permisos y la veracidad de los mismos, de lo cual este Tribunal se encuentra inhibido de dirimir, puesto que la potestad sancionadora se circunscribe únicamente a control de la transgresión de los deberes y prohibiciones reguladas en el art. 5, 6 y 7 de la LEG, y no la verificación de la legalidad y autenticidad de los actos administrativos dictados por otras autoridades.

Ciertamente, las referidas conductas pueden ser fiscalizadas conforme a la normativa interna de la CCR. En efecto, si bien la LEG persigue la promoción del desempeño ético en la función pública. ésta no pretende arrogarse la potestad disciplinaria interna que compete a cada una de las instituciones estatales.

IV. En cuanto al hecho relacionado que la señora Berta Ana Domínguez se habría ausentado de su lugar de trabajo el día cuatro de marzo de dos mil diecinueve sin el respectivo permiso, con el consentimiento de la señora Delmy Romero, Directora de la referida institución, se procede a analizar el caso tomando como marco básico los principios que informan la ética pública y la teleología de la función primordial del Tribunal de Ética Gubernamental, para luego determinar si el caso sometido a conocimiento es una situación que debe ser resuelta bajo su cobertura normativa:

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

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

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

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

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

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

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

V. En el presente caso, se advierte que la señora Berta Ana Domínguez de Funes, Subdirectora de Auditoría "7" de la CCR", se habría ausentado el día cuatro de marzo de dos mil diecinueve de su lugar de trabajo sin permiso; es decir, un día. Y es que si bien la ética pública orienta las acciones humanas dentro de la Administración, y este Tribunal como ente rector, debe detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a la LEG, no puede soslayarse que de conocer todas las conductas antiéticas aisladas y que pueden ser de conocimiento de los regímenes disciplinarios internos de cada institución pública, iría en detrimento de la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores que sí comporten actos de corrupción que afecten de manera objetiva el interés público.

En razón de ello, debe dimensionarse la importancia de la aplicación del régimen disciplinario por parte de las instituciones estatales, pues éste también deviene en un control de la ética pública *ad intra*, pues existen procedimientos disciplinarios reglados *ad hoc* para conductas irregulares como la de objeto de aviso.

En consecuencia, ante estos supuestos, existe ya una canalización por parte de cada institución pública como mecanismo de control de conducta en el procedimiento disciplinario correspondiente, en tanto "la sanción disciplinaria tiene como fundamento la infracción de los deberes éticos y de aquellos cánones conductuales que intentan preservar el buen funcionamiento de la Administración en relación con el servicio público que se presta" (Sentencia de Inconstitucionalidad 18-2008, de fecha 29-IV-2013). Es innegable entonces que las conductas irregulares realizadas por un servidor público, expone, compromete, menoscaba o causa detrimento al funcionamiento de la institución a la cual sirve, lo cual debe implicar la respectiva sanción disciplinaria en los términos expuestos.

En este sentido, resulta necesario remarcar que este Tribunal está comprometido con el control de la existencia de hechos contrarios al buen uso de las facultades y de los recursos públicos realizado por los servidores públicos o de quienes administran fondos públicos; sin embargo, existen casos que no alcanzan a afectar proporcionalmente el interés general, dado que se trata de conductas muy puntuales que no logran configurar un exceso en la utilización indebida de bienes públicos o abuso de su cargo, que a criterio de este Tribunal no se atribuye una conducta reiterada o desmedida, orientada a ser definida como corrupción en los términos del artículo 3 letra f) de la LEG; cuyo conocimiento a través de la potestad sancionadora de este Tribunal implicaría un dispendio de los recursos con los que cuenta esta institución, siendo la vía idónea los regímenes de control disciplinario que se encuentran dentro de las instituciones públicas, como se ha realizado en el presente caso, adscribiéndose a partir de ello, en la causal de improcedencia regulada en el art. 81 letra d) del RLEG

Esto no significa que este Tribunal avale el hecho que ha sido informado, sino reiterar que este ente debe ponerse en marcha para controlar los actos antiéticos que lesionen proporcionalmente el interés general y que provoquen conductas gravosas que pueden poner en grave peligro el funcionamiento ético de las instituciones.

En adición a lo anterior, la declaratoria de improcedencia que habrá de pronunciarse, deberá comunicarse a la Presidenta de la Corte de Cuentas de la República, para los efectos pertinentes.

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

a) *Declárase* improcedente el aviso recibido contra las señoras Delmy Romero y Berta Ana Domínguez de Funes, en ese orden, Directora y Subdirectora de Auditoría "7" de la Corte de Cuentas de la República; por las razones expuestas en los considerandos III y V de esta resolución.

b) *Comuníquese* la presente resolución al Presidente de la Corte Suprema de Justicia para los efectos legales correspondientes.

Notifíquese.



PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN



Co8