

65-A-17

**TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL:** San Salvador, a las diez horas con cuarenta minutos del día veintidós de marzo de dos mil diecinueve.

Por agregados los escritos presentados por la licenciada Carmen Elena Molina, investigada (fs. 8 al 22), con los cuales ejerce su defensa y, en ese sentido, realiza una profusa exposición de diversos aspectos, destacando los siguientes: a) este Tribunal violentó su derecho constitucional de defensa al no haberle dado a conocer las diligencias realizadas previo a la apertura de este procedimiento; b) se configuraría un doble juzgamiento administrativo por cuanto la Sección de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) inició la investigación referencia 165-2017, por los mismos hechos indagados en este procedimiento; y c) el licenciado Carlos Sergio Avilés Velásquez, ex Miembro propietario del Pleno de este Tribunal, debía excusarse de conocer de este procedimiento en razón de tener “intereses contrapuestos” y ser “juez y parte” en el mismo, ya que al igual que ella competía en el proceso de selección de candidatos a Magistrados de la referida Corte, por parte del Consejo Nacional de la Judicatura.

Adicionalmente, dicha investigada incorpora prueba documental.

Antes de emitir el pronunciamiento respectivo, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. El presente procedimiento se tramita contra la licenciada Carmen Elena Molina, Jueza Tercero Uno de Familia de San Salvador, a quien se atribuye la posible transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra e) de la Ley de Ética Gubernamental –en lo sucesivo LEG–, por cuanto durante el período comprendido entre julio de dos mil doce y marzo de dos mil diecisiete se habría presentado a laborar de forma tardía, y en el lapso comprendido entre el trece de febrero y el dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, habría incumplido su horario de trabajo por asistir en horas de la mañana a clases de inglés impartidas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA) [f. 6].

II. 1. *Sobre la presunta vulneración al derecho de defensa de la investigada por no habersele notificado la investigación preliminar desarrollada en este procedimiento:*

1.1. El derecho de defensa “(...) garantiza a toda persona la facultad de intervenir y participar activamente en un proceso o procedimiento cuyo resultado pueda afectar sus restantes derechos, ejerciendo todos los medios de oposición lícitos y razonables para resistir, desvirtuar o refutar la pretensión o imputación en su contra (...)” (sentencia de Inconstitucionalidad 94-2013, de fecha 16-X-2015, Sala de lo Constitucional). Este derecho está íntimamente vinculado con el derecho de audiencia, el cual de acuerdo a la jurisprudencia de lo Constitucional –v. gr., las sentencias de fechas 11-III-2011 y 4-II-2011, emitidas por la referida Sala en los procesos de amparo 10-2009 y 228-2007, respectivamente–, exige que toda persona, antes de limitársele o privársele de uno de sus derechos, debe ser oída y vencida

dentro de un proceso o procedimiento tramitado de conformidad con las leyes –concepción clásica–.

El derecho de audiencia dentro de su desarrollo, representa mayor complejidad, debiendo atenderse lo siguiente: “(a) a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos, se le haga saber anticipadamente tal posibilidad; (b) se siga al efecto un proceso o procedimiento determinado y ante una autoridad asignada con anterioridad; (c) que en el proceso o procedimiento se observen las formalidades esenciales, dándole al gobernado una oportunidad real de controvertir los motivos de la posible privación, facilitándole, además, la presentación de los medios de prueba conducentes; y (d) que la decisión que se dicte sea conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado” (sentencia de fecha 14-XII-2015, Inc. 171-2013).

De lo anterior, es posible colegir que existe una correlación entre el derecho de audiencia y el necesario desarrollo de un proceso o procedimiento, en el cual se pretende hacer valer; lo que implica el desarrollo de las distintas etapas procesales, de conformidad al art. 11 de la Cn.; es decir, que “(...) la privación de un derecho comporta la existencia de un procedimiento legal previo, el cual permita una posibilidad de intervención efectiva del gobernado en aras de la salvaguarda de sus intereses (...) la privación de un derecho no puede ir precedida de ‘cualquier tipo de proceso’ sino de un ‘proceso conforme a la ley’ (...)” (sentencia de fecha 14-XII-2015, Inc. 171-2013). En suma, de un “debido proceso” o “proceso constitucionalmente configurado” de conformidad a los arts. 11 y 12 de la Constitución.

Dentro de las formalidades procesales esenciales que deben cumplirse para garantizar el derecho de audiencia, se encuentran, entre otras, la realización de los *actos de comunicación procesal*, como la notificación, para que el posible afectado tenga conocimiento de la providencia que le afecta; así como la *posibilidad de ejercer la defensa u oposición*, alegando su propia teoría del caso; y la *oportunidad de realizar actividad probatoria* (sentencia de Amparo 240-2014, de fecha 5-IX-2016). Además, la Sala de lo Constitucional ha interpretado que *todas las oportunidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones in extremis del derecho de audiencia* (sentencia de Amparo 653-2005, de fecha 24-VI-2008).

Trasladando las acotaciones efectuadas sobre el derecho de audiencia y defensa y el debido proceso, a las normas que regulan el trámite del procedimiento competencia de este Tribunal, –la LEG y su Reglamento–, encontramos que existe un diseño procedimental, dentro del cual se dan diferentes oportunidades de defensa previo a la imposición de una sanción: (a) el plazo otorgado al investigado para que plantee su teoría del caso una vez ha sido decretada la apertura del procedimiento, de conformidad al art. 34 inciso 1° LEG; (b) los arts. 34 inciso 2° y 35 incisos 1° y 3° de la LEG en relación al 88 inciso 1° del RLEG indican que el Tribunal de oficio o a petición de los intervinientes podrá disponer de la producción de la prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, debiendo dicha

prueba cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia; (c) el art. 92 del RLEG regula la realización de una audiencia probatoria, cuyo objeto es recibir la prueba testimonial admitida por el Tribunal, propuesta por los intervinientes y, donde existe la posibilidad de que el investigado declare sobre el hecho que se le atribuye; y (d) el art. 95 inciso 2° del RLEG establece que una vez obtenida toda la prueba el tribunal notificará a los intervinientes para que en el plazo común de tres días presenten las alegaciones que estimen pertinentes.

En suma, el diseño procedimental que contiene la LEG y el RLEG permite la efectiva garantía del derecho de audiencia y defensa.

1.2. Con el acápite *Trámite inicial* el artículo 33 inciso 1° de la LEG establece que una vez recibida la denuncia o el aviso, o iniciado el procedimiento de oficio, si existieren elementos que permitan determinar la posible violación de un deber o prohibición ética, el Tribunal procederá a iniciar la investigación preliminar.

Esta fase tiene como propósito determinar con precisión los hechos que pudieren ser objeto de sanción por vulnerar la Ley, la identidad de los posibles infractores y cualquier otra circunstancia que estime relevante para el esclarecimiento de los casos, según lo dispone el art. 82 del RLEG.

En ese sentido, la investigación preliminar *constituye una labor facultativa* de comprobación desplegada por la propia administración pública de las circunstancias del caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción, para identificar a los presuntos responsables de ésta y, en suma, permite determinar si existe mérito suficiente para incoar un procedimiento administrativo útil. *Se trata, pues, de un trámite que, stricto sensu, no forma parte del procedimiento administrativo y que es potestativo para la administración pública observarlo o no*, y se justifica en la necesidad de eficientar y racionalizar los recursos administrativos, para evitar su desperdicio (Jinesta Lobo, Ernesto, La Investigación Preliminar en el Procedimiento Administrativo).

Ciertamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia reconoce que “El procedimiento administrativo sancionador está comprendido de diversas etapas; dentro de éstas, se configura la denominada fase previa o de actuaciones preliminares de los órganos de investigación, que *se constituye como una facultad administrativa que se produce con anterioridad a la iniciación formal de un procedimiento*, con el objetivo de establecer con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación; es decir, su principal función estriba en la adquisición del conocimiento sobre las circunstancias del caso, a fin de decidir sobre la conveniencia o no de iniciar el procedimiento sancionatorio”.

A ello añade la Sala que “en la etapa previa a la iniciación del procedimiento sancionatorio, la administración pública está facultada para la compilación de datos o indicios, teniendo esta actividad preparatoria o de investigación preliminar la característica de ser reservada, pues su único objetivo es formar la convicción en la autoridad administrativa competente de iniciar o no el expediente sancionador” (sentencia pronunciada en el proceso ref. 125-2005 el 10/VII/2018).

1.3. A partir de las precisiones realizadas sobre el derecho de defensa y la investigación preliminar, en el caso bajo análisis, se advierte que este Tribunal no vulneró el derecho de defensa de la licenciada Molina al no informarle sobre el desarrollo de la investigación preliminar en este procedimiento, pues, como se ha indicado, se trata de una actividad que antecede a éste y que tiene como única finalidad recabar indicios que permitan determinar si procede o no su apertura, no así determinar la existencia de las infracciones éticas atribuidas, objetivo que es exclusivo del trámite procedimiento y que es el presupuesto de la obligación de este Tribunal de garantizar las oportunidades de audiencia, defensa y contradicción de los servidores públicos investigados y, en general, el debido proceso.

Es por ello que para el despliegue de la investigación preliminar no es imperativo que las personas investigadas conozcan los hechos e infracciones que se les atribuyen, como sí lo es a partir de la apertura del procedimiento, diferencia que incluso es reconocida por la LEG, cuando en su artículo 33 no exige que el inicio de la investigación preliminar sea notificada al investigado, mientras que en su artículo 34 establece expresamente que deberá notificársele a éste la apertura del procedimiento administrativo sancionador, para que haga uso de su derecho de defensa.

#### *2. Con relación a la alegación sobre el doble juzgamiento:*

El artículo 11 de la Constitución de la República establece que ninguna persona puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa, lo cual se conoce como *principio de única persecución* o también como *prohibición de doble juzgamiento o non bis in ídem*.

Asimismo, el artículo 8 número 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe a los Estados partes que un inculpado absuelto por una sentencia firme sea sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. También, el artículo 14 número 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige no procesar ni penar a nadie de nuevo por un delito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento penal de cada país.

Entonces, la citada prohibición constituye un principio general de Derecho que veda la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de múltiples procesos o procedimientos, sea en uno o en varios órdenes sancionadores, cuando concorra una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Ahora bien, con relación al término “causa” a que alude el precepto en referencia la jurisprudencia constitucional ha indicado que se relaciona con la triple identidad de las categorías jurídicas contenidas en el referido principio: *eadem res, eadem personam, eadem causa petendi*, es decir, a una identidad objetiva que se relaciona con la coincidencia tanto fáctica como jurídica de los hechos y las pretensiones; a una identidad subjetiva que se relaciona tanto con el actor y el demandado; y a una identidad de fundamento.

La coincidencia de fundamento implica que un mismo interés jurídico pueda ser objeto de protección de normas pertenecientes a distintas áreas del ordenamiento jurídico y, por ende, que una misma conducta sea constitutiva de dos o más tipos de infracción; sin embargo, para que este

supuesto no implique una conculcación al *non bis in idem* las normas deben salvaguardar un bien jurídico diferente.

Por tanto, no se vulnera el *non bis in idem* si se sancionara dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho pero para proteger, en cada ocasión, un bien jurídico distinto, pues en ese caso no existe identidad de fundamento.

Dado que la licenciada Molina aduce que se configura un doble juzgamiento por cuanto la Sección de Investigación Judicial de la CSJ –encargada de instruir procedimientos disciplinarios contra jueces, señalados en la Ley de la Carrera Judicial y la Ley Orgánica Judicial–, inició una investigación por los mismos hechos indagados en este procedimiento, es necesario analizar el bien jurídico protegido por las normas del derecho disciplinario y las infracciones contenidas en la LEG.

La potestad disciplinaria tutela el ejercicio adecuado del empleo público, la cual compete a cada una de las instituciones estatales. En efecto, se trata de la facultad doméstica de corrección y saneamiento que el Estado –en calidad de empleador– ejerce con aquellas personas que fungen como servidores públicos en virtud de una relación de sujeción especial.

Por el contrario, tal como se estableció en las resoluciones del 2/12/14, 24/2/17, 18/5/18 y 12/2/2019 referencias 27-D-14, 78-A-13, 26-D-14 Acum. 106-D-16 y 210-A-17, respectivamente, pronunciadas por este Tribunal, la potestad sancionadora que el legislador le ha atribuido a este ente colegiado, lejos de procurar el orden en el interior de las instituciones públicas, tiene como fundamento la protección del gobernado frente a cualquier acción u omisión que lesione su derecho a una buena Administración Pública, reconocido implícitamente en el art. 1 de la Constitución al calificar a la persona como el origen y el fin de la actividad estatal.

De hecho, todos los parámetros conductuales enunciados en la LEG son reflejo de la concepción constitucional acerca del Estado, cuya existencia y organización, –y por ende de los elementos que lo integran–, se orienta al servicio de la colectividad mediante la satisfacción de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Adicionalmente, los cánones conductuales plasmados en la LEG y cuya observancia es fiscalizada por este Tribunal, materializan los compromisos internacionales adquiridos por el Estado salvadoreño con la suscripción y ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumentos que reconocen la lucha contra la corrupción como un mecanismo para la institucionalidad y la consolidación de la democracia.

En razón de lo anterior, el hecho que la licenciada Molina esté siendo investigada disciplinariamente por la Sección de Investigación Judicial, no impide que el Tribunal siga su propio procedimiento administrativo sancionador contra ella por una posible infracción ética, ya que se tutelan bienes jurídicos distintos, por lo que en este caso no se ha configurado el doble juzgamiento que alega.

Asimismo, es oportuno indicar que, a tenor de lo dispuesto en el art. 42 de la LEG, *sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere lugar la situación analizada*, el

Tribunal impondrá la multa respectiva al comprobar el incumplimiento de deberes o prohibiciones éticos previstos por esa Ley.

Además, conforme al art. 105 inciso segundo del Reglamento de la LEG, la tramitación de otros procedimientos no impedirá que el Tribunal conozca de la posible vulneración a deberes y prohibiciones éticos por parte de las personas sujetas a la aplicación de la LEG.

3. *Respecto al motivo por el cual debía excusarse de conocer de este procedimiento el licenciado Carlos Sergio Avilés Velásquez, ex Miembro propietario del Pleno de este Tribunal:*

Según decreto N.º 174 emitido por la Asamblea Legislativa el día dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho, el licenciado Avilés Velásquez fue electo como Magistrado propietario de la Sala de lo Constitucional de la CSJ a partir de esa misma fecha, lo cual supuso su separación del cargo de Miembro del Pleno de esta entidad en el día relacionado y, consecuentemente, impide que dicho funcionario conozca sobre este procedimiento, de modo que a la fecha resulta imposible que ese servidor público se excuse para ese efecto.

**III.** De conformidad con lo estipulado en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 762, publicado en el Diario Oficial N° 209, Tomo 417 de fecha nueve de noviembre de dos mil diecisiete, a partir del día treinta y uno de enero de dos mil dieciocho y hasta el día trece de febrero del presente año se encontraban vigentes las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública (DTPARAP), en virtud de las cuales “El procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o resolución final en el plazo máximo de noventa días posteriores a su iniciación, haya sido esta de oficio o a petición del interesado...” (art. 5 inciso 2º).

Adicionalmente, el artículo 7 letra b) de las DTPARAP refiere que vencido el plazo máximo para dictar resolución expresa en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, se producirá caducidad. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de la prescripción.

La caducidad se define como “una forma de terminación anticipada del procedimiento a causa de su paralización” (Marcos Gómez Puente, *La Inactividad de la Administración*, pág. 550).

En otros términos, “la caducidad o perención es una figura jurídica que, con fundamento en los principios administrativos de eficacia, eficiencia, celeridad e impulso procesal tiene como fundamento la inactividad o dilación en la tramitación de un procedimiento (Javier Rodríguez Ten, *Deporte y Derecho Administrativo Sancionador*, p. 237).

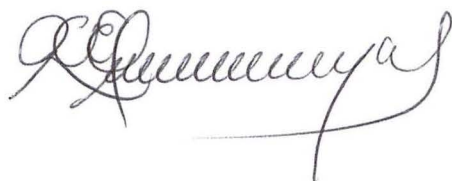
Así, el legislador estableció como consecuencia jurídica ante la superación del plazo máximo dispuesto para que la Administración Pública concluya el procedimiento, la caducidad del mismo por ministerio de ley.

En el caso particular, se advierte que la resolución de apertura del procedimiento fue notificada a la investigada el día seis de marzo de dos mil dieciocho (f. 7), por lo que al haberse superado el plazo máximo para emitir la resolución final, corresponde declarar la caducidad del procedimiento.

Por tanto, y con base en lo establecido en las disposiciones legales citadas, este Tribunal **RESUELVE:**

*Declárase la caducidad* del presente procedimiento administrativo sancionador; en consecuencia, archívense las diligencias.

*Notifíquese.*



PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

