

35-2012

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador a las doce horas y veinte minutos del tres de octubre de dos mil dieciocho.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido en carácter personal por el señor [REDACTED], contra el Tribunal de Ética Gubernamental -en adelante TEG- mediante el cual impugna el siguiente acto administrativo:

Resolución 157-TEG-2008 de las once horas y veinticinco minutos del siete de octubre de dos mil once, emitida por el TEG, mediante la cual resolvió -entre otros puntos- lo siguiente: (i) declarar que el señor [REDACTED], en su calidad de Decano de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, ha transgredido el deber ético de “excusarse de participar en asuntos sobre los que tiene conflicto de interés”, establecido en el artículo 5 letra g) de la Ley de Ética Gubernamental; (ii) Imponer al señor [REDACTED], Decano de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, la sanción de multa por el importe equivalente al diez por ciento del total de remuneraciones que el mismo recibe del sector público.

Han intervenido en el presente proceso: la parte actora, en la calidad antes indicada; como autoridades demandadas, el TEG, por medio de su apoderada general judicial [REDACTED]; [REDACTED], sustituida posteriormente por la licenciada [REDACTED]; y como agente auxiliar delgada por el Fiscal General de la República licenciada [REDACTED].

LEÍDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que en el año dos mil once, el demandante fue sancionado por el TEG al atribuirle el incumplimiento del deber ético de abstenerse de participar en la toma de decisiones en donde exista conflicto de interés para él o para sus familiares hasta en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; que tal infracción tiene como fundamento, que el actor participó en su calidad de decano de la facultad multidisciplinaria de occidente de la Universidad de El Salvador, en la *prórroga* del contrato de trabajo de la señora [REDACTED], quien era su pariente en el segundo grado de afinidad, es decir, en este caso su cuñada -esposa del hermano-, por ello, el TEG decidió sancionarlo imponiéndole una multa equivalente al diez por ciento de la remuneración total que percibe mensualmente por sus servicios prestados en el sector público.

Refiere el demandante que esta decisión fue adoptada transgrediendo el debido proceso y el derecho de igualdad; para fundamentar ello, advierte que en el procedimiento sancionatorio la

Administración Pública de forma arbitraria excluyó de valoración medios de prueba de descargo que eran determinantes para resolver su situación jurídica. Asimismo, indica que la prueba de cargo consistente en certificaciones de partida de nacimiento ya no estaban vigentes al momento de sancionarlo, ello debido a que las mismas datan del año dos mil cuatro.

También agrega, que en un procedimiento anterior referencia 9-TEG-2007 fue sancionado -en ese momento- por proceder a la *contratación* de su cuñada, atribuyéndole la infracción descrita en el artículo 6 letra g), de la Ley de Ética Gubernamental, que establece la prohibición ética de nombrar parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y el presente caso, lo que ha ocurrido es una prórroga del contrato, de ahí que se le sancionara por otro tipo de falta, en esta caso la descrita en el artículo 5 letra g) que consiste en excusarse de asuntos que tenga algún conflicto de interés, indicando por ello, que al ser diferentes los hechos, no le era aplicable la sanción de multa por segunda infracción a la Ley de Ética Gubernamental.

Que al presentar el acto administrativo las irregularidades apuntadas, el mismo debe ser declarado ilegal.

II. Por medio del auto de las diez horas y cinco minutos del veinte de febrero de dos mil doce (fs. 30-31), se admitió la demanda, se requirió que la autoridad demandada rindiera informe sobre la existencia del acto administrativo que se le atribuye conforme a lo prescrito en el artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, emitida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, en adelante LJCA, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente desde el treinta y uno de enero del presente año, remitiera el expediente administrativo relacionado con el presente proceso, y se declaró sin lugar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo impugnado.

El TEG por medio de su apoderada [REDACTED], presentó el informe requerido, (fs. 34-36) expresando la existencia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 21 de la LJCA, pero además, en el mismo escrito solicitó la inadmisibilidad de la demanda, por falta de agotamiento de la vía administrativa.

III. En el auto de las nueve horas y cincuenta minutos del doce de diciembre de dos mil doce (fs. 42), se tuvo por rendido el informe requerido al TEG, y se le confirió audiencia a la

parte actora a fin que se pronunciara respecto de la petición de inadmisibilidad efectuada por la autoridad demandada.

IV. Por auto de las diez horas y veintinueve minutos del siete de mayo de dos mil catorce (fs. 49-52), se declaró sin lugar la petición realizada por la Administración Pública, además, se le solicitó nuevo informe a la autoridad demandada, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 24 de la LJCA, y se ordenó notificar a la Fiscalía General de la República.

El TEG, en su informe justificativo (fs. 58-62) hizo referencia a los medios de prueba que se examinaron en el procedimiento sancionatorio, afirmando que los mismos han sido determinantes y suficientes para comprobar el incumplimiento al deber ético que se le impone al actor en el ejercicio de su función pública, por lo tanto, el acto administrativo es legal.

Por medio del auto de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del seis de marzo de dos mil quince (fs. 69), se tuvo por rendido el informe justificativo requerido a la autoridad demandada y se dio intervención a la licenciada [REDACTED], en carácter de agente auxiliar delegada por el Fiscal General de la República, y se abrió a prueba por el término de ley conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la LJCA.

En la etapa probatoria únicamente el TEG, (fs. 76-80), ofreció como prueba, las diligencias que se encuentran agregadas en el expediente administrativo.

V. Por auto de las nueve horas cuarenta y seis minutos del doce de agosto de dos mil quince (fs. 85), se corrieron los traslados que ordena el artículo 28 de la LJCA.

a) El demandante no efectuó alegatos finales.

b) El TEG en sus alegatos (fs. 88-91) reiteró los argumentos expuestos en el informe justificativo.

c) Por su parte, la representación fiscal en sus alegatos (fs. 93-104) realizó un amplio desarrollo de sus argumentos; empero, finalmente expuso: *«...en el presente caso se considera que no hay ninguna violación al principio de legalidad, valoración de la prueba, principio de igualdad y debido proceso que el demandante alega, por estar conforme a derecho»*.

El presente proceso quedó para pronunciar sentencia.

VI. Es necesario precisar que la ley aplicable en este caso, será la Ley de Ética Gubernamental emitida por medio de Decreto Legislativo No. 1038 de fecha veintisiete de abril de dos mil seis, publicado en el Diario Oficial N°. 90, Tomo No. 371, de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis, derogada por el decreto N° 873 del trece de octubre de dos mil once, que constituye la Ley de Ética Gubernamental vigente desde el uno de enero de dos mil doce.

Dicho lo anterior, cabe referir que la pretensión del actor según su demanda, se circunscribe a referir que en el presente caso la Administración Pública actuó como juez y parte, además, que el acto administrativo fue emitido conculcando el debido proceso y su derecho de igualdad. Sin embargo, al verificar los argumentos, se establece que estos *agravios* únicamente han sido mencionados por el impetrante, pero no desarrolla los fundamentos con los que se establezca cómo éstos han sido conculcados por la autoridad demandada en el caso en concreto; es decir, no se perciben las explicaciones pertinentes en cada uno de estos puntos.

Lo que en realidad se advierte, es que el actor alega agravio en cuanto a que el TEG excluyó la valoración -de forma arbitraria- de prueba documental que a su criterio era determinante para establecer dos aspectos concluyentes: (i) que no existía responsabilidad en cuanto al incumplimiento del deber ético que se le atribuyó, y por lo tanto, con ello se ha violentado su derecho de defensa; y, (ii) que en el presente caso, no era procedente la imposición de la sanción pecuniaria, la cual únicamente es factible -según la ley- cuando el funcionario público infringe por segunda vez las obligaciones o prohibiciones éticas, afirmando que la infracción anterior -sancionada en un proceso distinto- no es la misma que se analiza en el presente caso, y por tanto, no se cumple con lo dispuesto en el artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental, en cuanto a la reincidencia.

Por su parte, también advierte que los documentos valorados como prueba de cargo -certificaciones de partidas de nacimiento- ya no estaban vigentes al momento de sancionarlo, y en consecuencia, no debieron ser valoradas.

En este punto es importante traer a colación, que el actor alega en el presente caso que el artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental -LEG derogada- prescribe que la sanción de multa es procedente solo ante el incumplimiento por *segunda* vez de la normativa sectorial. Al respecto, cabe mencionar dos aspectos determinantes: por un lado, es necesario precisar que el control de legalidad de los actos administrativos no es solo sujeción a la ley secundaria, sino también -y de modo preferente- a la Constitución; teniendo la tarea todos los tribunales de la República, de enjuiciar previamente la constitucionalidad de toda aquella norma de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso; en este sentido, si aquella contradice la Constitución, es necesario ejercer el control difuso de constitucionalidad -art. 185 Cn-. Y por otro, de acuerdo al principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), se advierte una particularidad, y es que este tipo de descripciones donde la infracción o la sanción se encuentra supeditada a una acción precedente, han sido motivos de control de constitucionalidad

por la Sala de lo Constitucional, en donde en algunos casos dicho tribunal se ha decantado por la inconstitucionalidad por violación al principio de doble persecución. En este sentido, y siendo una de las competencias de los tribunales es el control difuso de constitucionalidad, este Tribunal analizará si la disposición antes mencionada -artículo 26 inciso primero de la LEG- es contraria a los principios que derivan de la Constitución.

Para este cometido, se harán algunas consideraciones generales concernientes al principio de doble persecución, para luego hacer referencia a la presunta infracción en el caso en concreto; empero, en caso de no perfilarse su violación, se continuará analizado los motivos de ilegalidad imputados por el actor de acuerdo al orden establecido en líneas que anteceden.

1. Violación al principio de doble persecución: reincidencia

A. Uno de los principios de gran trascendencia en ámbito del *ius puniendi* estatal es el relativo al *ne bis in idem* o prohibición de doble juzgamiento o de imposición de una pena. Este mandato de optimización encuentra su contenido en el artículo 11 de la Constitución, el cual prescribe: «*[n]inguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*». Lo primordial de este principio, radica en la imposibilidad de una doble condena ante una misma situación. Pero además, según lo ha desarrollado la jurisprudencia constitucional, también alcanza la prohibición de efectuar más de un juicio por la misma causa; es decir, evitar una doble persecución y juzgamiento por lo mismo.

Así, la Sala de lo Constitucional ha manifestado: «...*el art. 11 de la Constitución (...) se concreta a través del principio de única persecución que recoge el art. 7 del Código Procesal Penal vigente y que establece que nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Esto se traduce en la imposibilidad de que una persona sea sometida a dos procesos penales en forma simultánea o en forma sucesiva sobre los mismos hechos, pues eventualmente o en un caso extremo se estaría exponiendo al procesado a una doble condena...*» [Habeas Corpus 111-2003, de las doce horas y veinte minutos del diez de diciembre de dos mil tres].

En el mismo sentido, esa Sala ha explicado que: «...*se distingue una vertiente sustantiva del referido principio que impide la imposición de doble condena por un mismo hecho y una vertiente procedimental que conjura la posibilidad (sic) de un doble procedimiento sucesivo o simultáneo; aspecto últimamente citado, que se relaciona con el verdadero sentido histórico de*

conjurar el doble riesgo al que puede verse sometido el ciudadano en su integridad o sus bienes (double jeopardy)» [Inc. 18-2008, de las doce horas con veinte minutos del día veintinueve de abril de dos mil trece].

De este modo, un aspecto esencial de la prohibición de doble juzgamiento, es impedir por un lado, que una persona sea condenada por un mismo hecho, y por otro, la imposibilidad de iniciar procedimientos simultáneos o sucesivos, que tengan como fundamento la misma causa, pues con ello, se expondría a la posibilidad de la doble imposición de una condena o sanción, lo cual implicaría una violación al *ne bis in idem*.

Asimismo, para que se configure la violación de la doble persecución debe concurrir la triple identidad de las categorías jurídicas contenidas en el referido principio, que en doctrina se denominan: *eadem res, eadem personam e eadem causa petendi*, lo que implica la identidad en cuanto a los *hechos*, a los *sujetos*, y la *causa petendi*, esta última hace referencia a la existencia de un mismo *interés jurídico*.

B. Para dilucidar la presunta vulneración al *ne bis in idem* es imperativo referir que la LEG -derogada- en el tema sancionatorio es gradual, y la consecuencia jurídica ante la infracción a la norma se intensifica conforme a la reiteración de las faltas cometidas a la ley: amonestación (primera vez), multa (segunda vez), despido sin responsabilidad (tercera vez). En el presente caso, la disposición aplicada por la administración pública es la que regula la multa al transgredir *por segunda vez* la norma; en este sentido para ser acreedor de la restricción pecuniaria lo único que se requiere *per se*, es que el infractor transgreda de forma reiterada algún precepto de obligatorio cumplimiento.

En ese sentido, el artículo 26 inciso primero de la LEG derogada en cuanto a las sanciones éticas que se traducen en un multa, de acuerdo a su descripción establece lo siguiente: *[l]as infracciones a esta ley, cometidas por los servidores públicos por segunda vez, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otras a que diere lugar, serán sancionadas con multa. Su cuantía no será inferior al diez por ciento, ni mayor a diez veces el salario mensual, percibido por el responsable».*

Al respecto, esta Sala considera necesario relacionar dos resoluciones de gran trascendencia para el caso en concreto, en cuanto a la posible violación a la doble persecución de acuerdo a la formulación legislativa del artículo 26 inciso primero de la LEG derogada, específicamente las sentencias de inconstitucionalidad 21-2012 de las nueve horas con cuarenta minutos del día trece de febrero de dos mil quince, y 109-2013 de las quince horas con diez

minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis. Respecto de la primera, concerniente al artículo 158 letra a) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública - LACAP-, en cuanto a la inhabilitación de los contratistas, cuya descripción legal establecía: «[l]a institución inhabilitará para participar en procedimientos de contratación administrativa, al ofertante o contratista que incurra en alguna de las conductas siguientes: I. Inhabilitación por un año: a) **Haber sido sancionado con multa por la misma institución dos o más veces dentro del mismo ejercicio fiscal**» [resaltado suplido] .

Al respecto la Sala de lo Constitucional, señaló que: «...el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente por medio de dos o más multas en el mismo ejercicio fiscal, o, en otros términos más directos, concurre en el objeto de control, el elemento relativo a la identidad de hechos exigidos para la aplicación del principio non bis in idem. Y es que, en efecto, el tipo administrativo impugnado no sanciona una nueva acción u omisión de un mismo oferente o contratista, por lo tanto, realmente no se requiere de un nuevo comportamiento ilícito de uno de los mencionados sujetos sometidos al ámbito de aplicación del mencionado artículo. En definitiva, la infracción administrativa contenida en el art. 158 romano I, letra a) LACAP tiene un carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática, dado que absorbe el contenido factual de las dos o más multas anteriormente impuestas; por lo tanto, el objeto de control tipifica como infracción anteriores hechos que, todos ellos, ya han sido necesariamente sancionados previamente por medio de multas impuestas por una misma institución pública -indiferentemente deriven o no de un mismo contrato-, lo que de manera indudable lleva una doble sanción por los mismos hechos».

En cuanto a la identidad de sujetos, esa Sala dijo: «[c]omo segundo análisis, debe determinarse si el precepto impugnado vincula a los mismos sujetos. Así, el objeto de control señala que para configurar la infracción administrativa de inhabilitación es necesario que una misma institución multe dos o más veces al oferente o contratista en el mismo año fiscal, lo cual conlleva forzosamente que la imposición de la inhabilitación sea por la misma entidad pública. Desde tal perspectiva, no puede interpretarse que la inhabilitación sea decretada por una institución pública distinta, debido a un factor lógico de vinculación, es decir, una dependencia pública distinta no tendría competencia para imponer la inhabilitación, si previamente, no ha celebrado un contrato administrativo con el oferente o contratista. Por tanto, para este Tribunal existe una identidad subjetiva entre el sujeto que impone la inhabilitación, (institución pública

contratante) y el sujeto al que se le sanciona (oferente o contratista multado en dos o más ocasiones dentro de un mismo ejercicio fiscal)».

Finalmente, el tercer requisito de la doble persecución conforme al artículo mencionado, concluyó: «[e]n atención hasta lo ahora expuesto, esta Sala considera que la identidad de las sanciones impuestas al mismo oferente o contratista por una misma institución perteneciente a la Administración Pública, en aplicación del art. 158 romano I, letra a) LACAP, se produce porque comparten elementos nucleares comunes, de modo que al imponerse ambas sanciones resulta doblemente castigado un mismo sujeto por una misma conducta, sin que pueda justificarse la reiteración sancionadora en un diferente fundamento (...) [p]or ello, no se muestra conforme al principio non bis in idem, que la acumulación de conductas efectuadas en el pasado y sancionadas con multa puedan constituir una conducta ex novo y por ende distinta a las anteriores».

Por su parte, en la segunda sentencia -109-2013- se declaró inconstitucional el artículo 30 de la Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre Historial de Crédito de las Personas; esta disposición prescribía: «[l]as infracciones a esta Ley se sancionarán de la siguiente manera: a) Las infracciones graves serán sancionadas con multa desde cien hasta trescientos salarios mínimos mensuales urbanos del sector comercio y servicios. **De existir reincidencia en estas infracciones, las subsiguientes se consideraran muy graves**». De este último artículo, se entendía que las infracciones graves incrementarían su intensidad respecto de su clasificación, siempre y cuando se cometiera una nueva infracción *per se* sin realizar ninguna valoración jurídica al respecto.

Lo importante de este ejemplo, es que la Sala de lo Constitucional al respecto manifestó que: «[d]el texto del art. 30 LERESIHCP resulta claro que se cumple el supuesto de identidad subjetiva, porque la reincidencia se refiere a la reiteración en una infracción grave por parte del mismo sujeto pasivo, quien ya ha sido previamente sancionado por tales conductas. Por otra parte, en lo referente a la identidad fáctica, no obstante que la reincidencia conlleva, en efecto, un hecho nuevo en el tiempo, debe considerarse que éste parte necesariamente de un vínculo o referencia con un hecho anterior, ya sancionado y cometido por el mismo sujeto infractor; se trata, pues, de un fáctum que carece de identidad diferenciada con el hecho reincidente. La necesidad de este vínculo fáctico se reconoce en la literalidad de la disposición cuestionada (...) al expresar que la gravedad de la reincidencia se considera a partir de infracciones pasadas. En este sentido, es claro que en el caso en estudio se cumple la identidad Fáctica».

Por su parte, en cuanto al tercer elemento de la doble persecución manifestó esa Sala: *«[a]cerca de la identidad de fundamento, el problema a dilucidar es si la sanción a la conducta reincidente que se establece en la segunda parte de la letra a del inc. 1 del art. 30 LERESIHCP, es homogénea o no en cuanto a su causa con respecto a la sanción impuesta por las infracciones graves previamente cometidas. Por ello, el precepto enjuiciado no incurrirá en la prohibición bis in idem -a pesar de la identidad subjetiva y fáctica que se ha determinado- si las sanciones responden a la protección de bienes jurídicos o intereses públicos distintos; mientras que, a contrario sensu, será inconstitucional si los bienes jurídicos o intereses afectados son semejantes o análogos en su fundamento...».*

Bajo este mismo orden de argumentos continuaron: *«[e]n lo que atañe a este aspecto, a partir de lo establecido en los considerandos de la LERESIHCP, esta Sala considera que el castigo al comportamiento reincidente que comprende la disposición impugnada tiene como causa o fundamento la tutela del derecho a la autodeterminación informativa por el uso inadecuado de datos personales - particularmente crediticios-. En este sentido, lo sostenido en sus correspondientes informes por la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República relativo a que la causa de la consideración de la reincidencia como infracción muy grave responde al reproche al “menosprecio” o “desvalor” que muestra el sujeto pasivo con la reiteración de su conducta hacia la finalidad de la norma jurídica infringida es inaceptable. Esto es así porque los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados de los hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. Y es que la exigencia de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida...».*

Concluyendo al respecto que: *«[s]e observa, entonces, que sí existe identidad entre el fundamento de las dos medidas legislativas en análisis, es decir entre las sanciones que dicha ley regula para las reincidencias como infracciones muy graves y las sanciones que se imponen por las infracciones consideradas como graves (...) [p]or todo lo anterior, se concluye que la calificación como infracción muy grave a la reincidencia de una infracción grave que contempla la segunda parte de la letra a del inc. 1º del art. 30 LERESIHCP implica la vulneración al principio ne bis in idem, establecido en el art. 11 inc. 1º parte final Cn., en tanto que el incremento de la sanción para tal supuesto parte de la consideración de un residual efecto acumulativo derivado de una primera sanción aplicada, por lo cual se declarará su inconstitucionalidad en esta sentencia».*

Lo determinante en el caso de mérito, es si a partir de los razonamientos expuestos por la Sala de lo Constitucional, se identifican los tres supuestos que constituyen infracción a la doble persecución, respecto del artículo 26 inciso primero de la LEG derogada. En este escenario, es imperativo reiterar el contenido principal de este precepto, el cual refiere: «*[l]as infracciones a esta ley, cometidas por los servidores públicos por segunda vez, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otras a que diere lugar, serán sancionadas con multa*». Es así como, en cuanto al primer supuesto *-identidad subjetiva-* el precepto en comento, hace mención a la acción cometida por el funcionario por segunda vez, ello implica la infracción reiterada por el mismo sujeto pasivo, es decir, se acredita este requisito.

Por su parte, la segunda exigencia *-identidad fáctica-* tenemos que el precepto agrava la sanción a partir del vínculo o referencia a un hecho anterior, pues, la multa era aplicada, en tanto exista un hecho previo ya sancionado y que a su vez ha sido cometido por el mismo infractor; en el *sub judice*, ese hecho previo se fundamenta en el expediente 9-TEG-2007 del Tribunal de Ética Gubernamental, en el cual se declaró la responsabilidad del demandante, al haber incumplido la prohibición de nombrar parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que tuvo como decisión final, la amonestación por escrito prevista en el artículo 25 de la LEG, de ahí que se perfile la identidad fáctica mencionada.

Finalmente, en cuanto a la identidad de fundamentos, esta Sala advierte *-como se advierte en las sentencias de inconstitucionalidad mencionadas-* el castigo al comportamiento reincidente que comprende el artículo 26 inciso primero de la LEG tiene como causa o fundamento normar y promover el desempeño ético en la función pública; salvaguardar el patrimonio del Estado, prevenir, detectar y sancionar la corrupción de los servidores públicos; en este sentido, los bienes jurídicos o intereses afectados son semejantes o análogos.

Además, cabe decir que si bien la disposición en comento, hace referencia a que la multa es factible al *conculcar por segunda vez la ley*, al realizar un análisis literal al respecto, implicaría la configuración de acciones ilícitas diferentes, y en consecuencia, se superaría o no se establecería la infracción al principio de prohibición de doble persecución.

Sin embargo, tal aspecto no se perfila en el presente caso, dado que la consecuencia jurídica a esa *segunda* infracción, es decir, para la imposición de la multa, basta la simple comisión de un hecho anterior, el cual ya ha sido castigado previamente, sin que exista un análisis cognitivo o de ponderación de la Administración Pública, que justifique la imposición de esa sanción pecuniaria en cada caso en concreto. En otras palabras, la multa está sometida y

depende irreflexivamente de la comisión *per se* de la primera infracción, por lo que ésta, carece de autonomía sancionatoria, y en tanto ello es así, se prevé la violación al principio de doble persecución respecto de la formulación legal dispuesta en el artículo 26 inciso primero de la LEG derogada. Por lo tanto, lo que corresponde en este caso es someterse al control difuso de constitucionalidad.

Para ello, es necesario precisar que el control de legalidad de los actos administrativos no es solo sujeción a la ley secundaria, sino también *-y de modo preferente como se dijo-* a la Constitución; de este modo, conforme los artículos 185 y 246 de la Constitución, 77-A y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales y a la repetida jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se establece que los requisitos de la técnica de la inaplicación pueden resumirse así: a) la existencia de una norma constitucional que sea utilizada como parámetro de control; b) la norma o acto que será el objeto de control debe ser susceptible de aplicación; c) la inexistencia de un pronunciamiento por parte de la Sala de lo Constitucional, en el mismo sentido que los esgrimidos en el caso en estudio; d) previo a la inaplicación, debe intentarse una interpretación conforme a la Constitución de la República de las disposiciones cuestionadas; y e) la oportunidad en que se debe realizar el juicio de validez constitucional cuando se tenga que pronunciar una decisión.

Respecto de los dos primeros requisitos; el primero *-a)-* se advierte que la norma constitucional parámetro de control, corresponde al artículo 11 de la Constitución, en lo relativo a la prohibición de doble juzgamiento; supuesto similar al ocasionado en las sentencias de inconstitucionalidad 21-2012 de las nueve horas con cuarenta minutos del día trece de febrero de dos mil quince, y 109-2013 de las quince horas con diez minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis *-tal como se detalló en párrafos que preceden-*.

Y, el segundo *-b-*, la norma objeto de control susceptible de aplicación, corresponde al artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental *-derogada-*, que establece el criterio para la imposición de una infracción y posterior sanción.

Finalmente, en lo que corresponden a los supuestos descritos en las letras c), d) y e); cabe decir que en el *sub judice*, la Sala de lo Constitucional ya ha emitido pronunciamiento en casos similares respecto a la violación del principio de doble persecución, en cuanto al agravante derivado de la reincidencia; empero, el artículo en estudio, no ha sido objeto de análisis por dicha Sala. Asimismo, es palmario el criterio de esa Sala en este tipo de normativas y su consecuencia jurídica de inconstitucionalidad, en tanto las sanciones tengan identidad subjetiva, fáctica y de

fundamento; por ello, resulta inoficioso realizar una interpretación de conformidad a la Constitución como requisito de procesabilidad.

En este sentido, de acuerdo a las circunstancias particulares del presente caso, y específicamente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, al haber tenido la autoridad demandada como base del acto administrativo impugnado -mediante el cual impuso la sanción a la parte actora-, el mencionado artículo 26 inciso primero de la LEG derogada, cuyo contenido se ha advertido es contrario a la Constitución, este Tribunal decidirá la controversia inaplicando la referida disposición. Es así como no cabe otra conclusión más, que el acto impugnado carece de fundamento legal.

Debe aclararse que, amén de los criterios jurisprudenciales emitidos por la Sala de lo Constitucional, respecto a la violación del principio de doble persecución, la disposición sometida al control de constitucionalidad estuvo al margen de la Constitución de la República desde que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico; por ello, conforme a esta interpretación, la decisión emitida por el TEG -ineludiblemente- se verá afectada al estar fundamentada en una disposición que era contraria a la Constitución desde su incorporación al mundo jurídico.

En consecuencia, al carecer de validez la referida norma infra-constitucional en el presente proceso, esta Sala debe declarar, la ilegalidad del acto administrativo impugnado por el actor, y en consecuencia, resulta innecesario pronunciarse sobre los demás argumentos impetrados por el demandante.

VII. Como medida para reestablecer el derecho vulnerado, esta Sala advierte que mediante auto de las diez horas cinco minutos del veinte de febrero de dos mil doce (fs.30-31) se ordenó no ha lugar la adopción de medida cautelar; por lo que, en atención a ello en caso de haberse pagado la multa impuesta al señor ■■■■■, la Administración Pública deberá proceder a la devolución del dinero que se haya erogado al respecto; o en su defecto, en el supuesto de no haberse hecho efectivo dicho desembolso, se le ordena a la Administración Pública se abstenga de cobrar la multa impuesta al demandante.

VIII. La Sala de lo Constitucional, el uno de marzo de dos mil trece, emitió sentencia en el proceso de inconstitucionalidad referencia 78-2011, en el cual se alegaron “(...) *vicios de contenido, del art. 14 inc. 2º de la Ley Orgánica Judicial (...)*”; dicha disposición hace referencia al carácter deliberativo del proceso decisorio y la regla de votación para la emisión de sentencias, incluyendo la de esta Sala.

Esencialmente en la referida sentencia se estableció “(...) *se concluye que la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. En vista de que la regla de mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1° y 50 inc. 1° LOJ) - lo que sirve como referente analógico para evitar un vacío normativo- y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia*”.

Esta Sala entiende que en virtud del anterior razonamiento, le corresponde al pleno de la misma, en principio, el conocimiento y decisión de las resoluciones interlocutorias y definitivas que se adopten, pero en los casos en que se alcance el consenso de la mayoría y no de todos, es decir tres a uno, se habilita el mecanismo en cuya virtud el respectivo Magistrado o Magistrada debe dejar constancia de las razones de su posición discrepante mediante el correspondiente voto y se toma la decisión por mayoría de votos.

Conforme a lo relacionado en la sentencia de inconstitucionalidad, para la emisión de esta sentencia, se adopta la decisión por las Magistradas Dafne Yanira Sánchez de Muñoz, Paula Patricia Velásquez Centeno y Elsy Dueñas Lovos. El Magistrado Sergio Luis R Márquez hará constar su voto disidente a continuación de la presente sentencia en el sentido que, si bien se declara la inaplicabilidad de la disposición y no es posible proceder a la imposición de la multa, lo que corresponde, es que ante una conducta comprobada, subsiste la sanción de amonestación.

IX. Por tanto, en atención a las consideraciones realizadas y con fundamento en las disposiciones citadas, artículos 15, 185 y 246 de la Constitución, 77-A y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales, 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa emitida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

a) Declarar inaplicable el artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental, emitida por medio de Decreto Legislativo No. 1038 de fecha veintisiete de abril de dos mil seis, publicado en el Diario Oficial N°. 90, Tomo No. 371, de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis, derogada por el decreto N° 873 del trece de octubre de dos mil once, que constituye la Ley de Ética Gubernamental, vigente desde el uno de enero de dos mil doce. En vista que dicho artículo transgrede el principio de doble persecución descrito en el artículo 11 de la Constitución.

b) Remitir certificación de la presente sentencia a la Sala de lo Constitucional de esta Corte, para el pertinente examen de constitucionalidad de la normativa inaplicada.

c) Declarar ilegal el acto administrativo 157-TEG-2008 de las once horas y veinticinco minutos del siete de octubre de dos mil once, emitido por el TEG, mediante el cual resolvió -entre otros puntos- lo siguiente: (i) declarar que el señor ■■■■, en su calidad de Decano de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, ha transgredido el deber ético de “excusarse de participar en asuntos sobre los que tiene conflicto de interés”, establecido en el artículo 5 letra g) de la Ley de Ética Gubernamental; (ii) Imponer al señor ■■■■ Decano de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador, la sanción de multa por el importe equivalente al diez por ciento del total de remuneraciones que el mismo recibe del sector público.

d) Como medida para restablecer el derecho violado, se ordena a la parte demandada, que en caso de haberse pagado la multa impuesta al señor ■■■■, la Administración Pública deberá proceder a la devolución del dinero que se haya erogado al respecto; o en su defecto, en el supuesto de no haberse hecho efectivo dicho desembolso, se le ordena a la Administración Pública se abstenga de cobrar la misma.

e) Condenar en costas a la autoridad demandada conforme al derecho común.

f) En el acto de la notificación, entréguese certificación de esta sentencia a las partes de este proceso.

g) Devolver los expedientes administrativos a su lugar de origen

Notifíquese.-

DAFNE S. ---- DUEÑAS ---- P. VELASQUEZ C. ----- S. L. RIV. MARQUEZ-----
PRONUNCIADO POR MAYORÍA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y EL SEÑOR
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----M. A.V.----- SRIA ----- RUBRICADAS.

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

Coincido con el parecer de mis colegas magistradas, en la mayor parte del contenido de la *Sentencia* dictada en el proceso contencioso administrativo 35-2012, promovido por ■■■■, contra el Tribunal de Ética Gubernamental; difiero en la respuesta de la mayoría de Sala, específicamente en cuanto a declarar la ilegalidad del acto administrativo en su totalidad, cuando al margen del vicio de inconstitucionalidad que se colige del artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental derogada, la infracción ha sido comprobada y establecida la responsabilidad del funcionario; por tanto, en este escenario al desaparecer la reincidencia, es posible aplicar la sanción de amonestación que describe el artículo 25 del mismo cuerpo normativo.

I. Punto del cual disiento en su sentido y alcance.

La parte medular de la sentencia, estriba en que la técnica legislativa utilizada en el artículo 26 inciso primero de la Ley de Ética Gubernamental -LEG-, contraría los fundamentos que derivan del principio de *ne bis in idem* o doble persecución, ya que la multa precedía de una infracción acumulativa; es decir, que fue cometida con anterioridad, para el caso, que la sanción pecuniaria parte del supuesto de haber infringido por segunda vez la LEG, aspecto que como se dejó evidenciado, conculca el derecho que se establece en el artículo 11 inciso primero de la Constitución -*doble persecución*-.

Sin embargo, considero que esta situación de presunta inconstitucionalidad advertida por esta Sala, no justifica dejar sin ninguna consecuencia jurídica la conducta infractora realizada por el actor. Es necesario apuntar que en el presente caso, al demandante se le atribuyó el incumplimiento del deber ético de excusarse de participar en asuntos sobre los que tiene conflicto de interés, descrito en el artículo 5 letra g) de la LEG mismo cuerpo normativo. Lo determinante en este caso, es que luego de realizar un análisis exhaustivo de la presunta violación del derecho de defensa alegado por el impetrante, éste no se ha configurado.

Empero, lo que sí puede indicarse del procedimiento sancionatorio, es que el señor ■■■■, en su calidad de decano de la facultad multidisciplinaria de occidente, suscribió la prórroga por continuidad en el servicio del personal docente y administrativo (fs. 112-123 del expediente administrativo) del uno al treinta y uno de enero, y del uno de febrero al treinta y uno de diciembre de dos mil ocho; asimismo, del uno al treinta y uno de enero, y del uno de febrero al treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, donde se renovó el contrato de la señora ■■■■.

Por su parte, se agregaron certificaciones de partidas de nacimiento (fs. 376 y 377) ambas extendidas por la Alcaldía Municipal del departamento de Santa Ana; en la primera se establece:

«...[redacted] varón, nació a la [redacted] horas del [redacted] de [redacted] de [redacted] [redacted] (...)
[redacted] (...) hijo (...) de [redacted]...». Respecto de la segunda dice: «...[redacted], varón, nació a las [redacted] horas
el [redacted] de [redacted] de [redacted] (...) hijo de (...) [redacted]...». Con lo anterior
se detalló que el actor [redacted] y el señor [redacted], son hijos de la señora [redacted], y en consecuencia, hermanos.

Cabe decir en este punto, que la información extendida en la certificación de las inscripciones en los registros, ostentan la calidad de prueba preferente, es decir, son instrumentos públicos emitidos por funcionarios de autoridad que se constituyen en plena prueba; así lo dispone el artículo 196 inciso 3° del Código de Familia al establecer: «[l]as certificaciones de las inscripciones extendidas de conformidad con la ley por el funcionario encargado, hacen plena prueba». Por ello, en el caso en concreto, el hecho que éstas daten de los dos mil dos -como indica el actor- no desvirtúa la veracidad de su contenido; además, al verificarlas en el expediente administrativo, se advierte que éstas fueron extendidas el dieciséis de septiembre del año dos mil nueve, por el Jefe del Registro Familiar de la Alcaldía Municipal de Santa Ana -consta al reverso de cada una de las partidas- y no del año que denuncia el impetrante.

En este sentido, quedó establecido que el señor [redacted] y el señor [redacted], son hermanos, y además, que el primero, participó en la prórroga del contrato de servicios de la señora [redacted]. Asimismo, se agregó al expediente administrativo, la partida de matrimonio del señor [redacted] (fs. 378) extendida el dieciséis de septiembre del años dos mil nueve, por el Jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía de Santa Ana, en la cual se lee: «...[redacted] (...) hijo de [redacted] (...) [redacted] (...) contrajeron matrimonio, ante los oficios del gobernador departamental...». Sin que se detalle alguna marginación por divorcio, o se perfile la separación de los cónyuges; por ende, se colige que la señora [redacted], es esposa del señor [redacted], y en consecuencia cuñada del demandante, quien, de acuerdo a la clasificación del parentesco, el vínculo existente entre el actor y la señora [redacted], se encuentra en el segundo grado de afinidad.

Cabe decir, que la Ley de Ética Gubernamental derogada establecía algunas definiciones en lo que respecta a lo que se entendería por conflicto de interés de los funcionarios; así el artículo 3 de ese cuerpo legal indicaba: «...j) Conflicto de intereses. Son aquellas situaciones en que el interés personal del servidor público o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, entran en pugna con el interés público...». Por lo tanto, al señor [redacted] le surgía la obligación del cumplimiento del deber ético de: *Abstenerse de participar en la toma de decisiones en donde exista conflicto de interés para él o para sus familiares hasta*

en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La abstención la deberá comunicar a su superior, quien resolverá sobre el punto y en su caso designará un sustituto.

Además, tal obligación -excusarse- queda evidenciada, cuando al dirigirse a la sección sexta del gobierno de las facultades, de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador, en su artículo 29, establece: *«[l]a Junta Directiva de cada Facultad estará integrada por el Decano, por dos representantes del Personal Académico, dos representantes de los profesionales no docentes y dos representante de los estudiantes de la respectiva Facultad. **Habrá igual número de suplentes**» (resaltado nuestro).*

Por lo que, si bien el artículo 36 letra a) del reglamento de esa misma ley, faculta a las juntas directivas autorizar la contratación de personal eventual, como ha quedado resaltado, estas están conformadas por el mismo número de suplentes, por lo que, era factible que el demandante se excusara, y quien suscribiera tal decisión fuera la persona designada legalmente para suplir sus actuaciones como decano de la facultad multidisciplinaria de occidente, y no lo hizo.

Lo importante de relacionar lo anterior, es que, al revisar los fundamentos del acto administrativo, se observa que la infracción fue probada y la subsunción que se hace de los hechos en una figura prohibida por el derecho administrativo y acreedora de una sanción; empero, debido a la falencia constitucional de la construcción de la norma, deriva en que no puede imponérsele al administrado la sanción de multa. Sin embargo, ello no es óbice para interpretar que, determinada la conducta infractora y excluyendo la reincidencia como mecanismo para establecer sanciones, lo que subsiste es la amonestación por escrito que prescribe el artículo que antecede -25 de la LEG- que establece: *«[s]e sancionará con amonestación escrita, al servidor público que en su condición de tal, falte y/o incumpla, por primera vez, los deberes y las prohibiciones de esta ley».*

Entender lo contrario, y no admitir ninguna consecuencia jurídica a la acción cometida por el demandante, propiciaría un estado de impunidad por infracciones a la ley, lo cual es inconcebible en un Estado de derecho en el que se ampara el apego irrestricto de todos al ordenamiento jurídico, y ello se maximiza cuando se trata de ciudadanos que ejercen su labor desde el interior de la Administración Pública, como es el caso.

Ahora bien, en el contexto del presente proceso contencioso administrativo, advierto que no le compete a este Tribunal realizar el ejercicio de imposición de la sanción; por lo que, habiéndose comprobado la conducta ilícita y para corregir el valladar advertido, debería ser la Administración Pública la competente para ello, siendo necesario para este cometido, remitir el

proceso hacia ese órgano colegido antes mencionado, a efectos de emitir la resolución respectiva, la cual -como indiqué- se traduce en la imposición de una amonestación por escrito.

III. Conclusión.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, estimo que habiéndose comprobado acción infractora del demandante -al margen del motivo de inaplicabilidad- lo que procede es remitir el proceso hacia el Tribunal de Ética Gubernamental, a fin que éste -autoridad competente- imponga la sanción de amonestación por escrito al señor [REDACTED], en su calidad de decano de la Facultad Multidisciplinaria de Occidente de la Universidad de El Salvador; y en consecuencia el acto administrativo debe ser declarado parcialmente ilegal.

San Salvador, a los tres días de octubre de dos mil dieciocho.

S. L. RIV. MARQUEZ----- VOTO RAZONADO DISIDENTE PRONUNCIADO POR EL
SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE.-----M.A.V.----- SRIA.-----
RUBRICADAS.

NOTA: La Unidad de Asesoría Jurídica del Tribunal de Ética Gubernamental
ACLARA: que la presente es una copia de su original, a la cual le fueron eliminados
ciertos elementos para la conversión en versión pública de conformidad con los
artículos 30 y 6 letra a) de la Ley de Acceso a la Información Pública.



The image shows a handwritten signature in blue ink, which appears to be 'S. L. Riv. Marquez', written over a circular blue stamp. The stamp contains the text 'TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL' at the top, 'C.A. DE EL SALVADOR EN LA MATERIA' in the middle, and 'UNIDAD DE ASESORÍA JURÍDICA' and 'EL SALVADOR, C.A.' at the bottom. The stamp also features a central emblem with a shield and a sun.