



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS**
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal

Asunto : a) Abstención de las autoridades en el procedimiento administrativo disciplinario de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial.
b) Aplicación del Principio Non Bis In Idem.

Referencia : Oficio N° 005-2021-GR-C/DREC/UGEL-Q/UPER.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia se consulta a SERVIR respecto a la abstención de las autoridades en el procedimiento administrativo disciplinario regulado por la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR -a través de una opinión técnica- emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Delimitación de la respuesta contenida en el presente informe técnico

- 2.4 De la revisión del documento de la referencia se puede apreciar que la consulta formulada tiene por objeto que SERVIR emita opinión sobre la legalidad de las actuaciones efectuadas en

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: TTHLEAD



el marco de un procedimiento disciplinario específico seguido contra un servidor de la Unidad de Gestión Educativa Local Quispicanchi.

- 2.5 Siendo ello así, debe reiterarse que no corresponde a SERVIR emitir opinión respecto de casos específicos, motivo por el cual no resulta posible emitir pronunciamiento respecto de la consulta en los términos en que ha sido planteada. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el contexto de la misma, a través del presente informe técnico se abordará de forma general las materias referidas a la Abstención de las autoridades en el procedimiento administrativo disciplinario de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial y el respeto del Principio Non Bis In Idem.

Sobre las causales de abstención y su procedimiento en el régimen disciplinario regulado por la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial

- 2.6 El artículo 94° del Reglamento de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial (en adelante, LRM), aprobado por Decreto Supremo N° 04-2013-ED, establece las causales de abstención de los miembros de la Comisión Permanente y Comisión Especial de Procedimientos Disciplinarios para Docentes, las cuales están relacionadas con los vínculos de consanguinidad que se puedan mantener con el procesado o por su intervención previa en el proceso seguido contra el presunto infractor¹, no obstante, dicho dispositivo legal no señala el procedimiento a seguir con el fin de determinar a la autoridad competente.
- 2.7 Por su parte, la “Norma Técnica que regula el procedimientos administrativo disciplinario para profesores del Sector Público”, aprobada por Resolución Viceministerial N° 091-2015-MINEDU (en adelante, la Norma Técnica), establece en su artículo 12° que los miembros de las Comisiones se abstendrán de intervenir, bajo responsabilidad, en los siguientes casos:
- a. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los procesados o con sus representantes o mandatarios.
 - b. Si ha tenido intervención directa como abogado, perito o testigo en la etapa investigatoria o en el mismo proceso administrativo disciplinario; o en su defecto si ha denunciado la falta imputada.
 - c. Si la resolución por expedirse en el proceso administrativo disciplinario en base a su opinión y recomendación, pudiera afectarle o favorecerle directa o indirectamente.
 - d. Si desde la instauración del proceso administrativo disciplinario hasta su conclusión, tiene o tuvo la condición de jefe inmediato superior del procesado.
 - e. Las demás causales de abstención que señale el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².

¹ Reglamento de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, Decreto Supremo N° 04-2013-ED

Artículo 94.- Abstención para formar parte de las Comisiones de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes

El miembro de la Comisión Permanente y Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes debe abstenerse de formar parte de la misma en caso de:

- a) Ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el procesado.
- b) Haber intervenido como perito, testigo o abogado en la etapa investigatoria y en el mismo proceso.

² Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Artículo 99.- Causales de abstención

La autoridad que tenga facultad resolutoria o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el sentido de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos:

- 2.8 Asimismo, la mencionada Norma Técnica establece que ante la ocurrencia de la causal de abstención por parte: i) de los miembros de la Comisión la solicitud deberá ser planteada ante el Presidente de la Comisión respectiva, ii) cuando sea el Presidente de la Comisión la solicitud deberá ser planteada ante el titular de la Instancia de Gestión Educativa Descentralizada que corresponda.
- 2.9 De lo señalado, podemos colegir que ante la ocurrencia de alguno de los supuestos de abstención ya sea por parte de alguno de los miembros y/o del Presidente de la Comisión Permanente o Comisión Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios para Docentes deberá promover su abstención ante las autoridades señaladas en la Resolución Viceministerial N° 091-2015-MINEDU, según corresponda.
- 2.10 De esta manera, ante cualquier solicitud de abstención en contra de los miembros y/o el Presidente de la Comisión Permanente o Comisión Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios para Docentes, según sea el caso, la autoridad competente deberá verificar la existencia de la causal abstención, y de ser así deberá disponer la abstención de dichas autoridades; de lo contrario se estaría vulnerando los principios de imparcialidad y debido procedimiento.

La no abstención por parte de los miembros y/o el Presidente de la Comisión, inmersos en alguna de las causales reseñadas en los numerales 2.6 y 2.7 del presente informe, implicaría la asunción de responsabilidad administrativa por parte de las autoridades que debiendo abstenerse no lo hicieron.

De la aplicación supletoria del procedimiento de abstención previsto en el régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil en el proceso administrativo disciplinario de la Ley de Reforma Magisterial

- 2.11 De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, los trabajadores o servidores de las carreras especiales, entre ellos los regulados por la LRM, se rigen supletoriamente por el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 30057, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del

1. Si es cónyuge, conviviente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.
2. Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.
3. Si personalmente, o bien su cónyuge, conviviente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquel.
4. Cuando tuviere amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el procedimiento, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento.
5. Cuando tuviere o hubiese tenido en los últimos doce (12) meses, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente. No se aplica lo establecido en el presente numeral en los casos de contratos para la prestación de servicios públicos o, que versen sobre operaciones que normalmente realice el administrado-persona jurídica con terceros y, siempre que se acuerden en las condiciones ofrecidas a otros consumidores o usuarios.
6. Cuando se presenten motivos que perturben la función de la autoridad, esta, por decoro, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada. Para ello, se debe tener en consideración las siguientes reglas:
 - a) En caso que la autoridad integre un órgano colegiado, este último debe aceptar o denegar la solicitud.
 - b) En caso que la autoridad sea un órgano unipersonal, su superior jerárquico debe emitir una resolución aceptando o denegando la solicitud.



Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador, establecidos en la referida Ley del Servicio Civil.

- 2.12 De otro lado, la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, "Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil"³, en su numeral 9.1 establece el procedimiento y los plazos que se deben cumplir en el caso de que las autoridades del procedimiento disciplinario se encuentren inmersas en alguna de las causales de abstención estipuladas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la LPAG).

Así pues, deberá plantearse la abstención de dichas autoridades dentro del plazo de dos (02) días hábiles siguientes a aquel en que comenzó a conocer el asunto o en que conoció la causal sobreviniente remitiendo lo actuado al superior jerárquico, el mismo que seguirá el procedimiento previsto en el 99° del TUO de la LPAG.

- 2.13 En virtud de lo señalado, ante el caso de que los miembros y/o el presidente de la Comisiones de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes se encuentren inmersos en alguna causal de abstención, corresponderá observar el procedimiento, en relación a las abstenciones, establecido en la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC.
- 2.14 En ese sentido, la abstención se plantea dentro de los dos días hábiles en que comenzó a conocer el asunto o desde que tomó conocimiento de la causal, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento; por otra parte, en el supuesto que se solicite una abstención de parte, conforme al procedimiento señalado en la Directiva antes mencionada, será el superior jerárquico inmediato quien designe a la autoridad competente para que proceda a resolver el procedimiento administrativo disciplinario en cuestión.

Sobre la aplicación del principio *non bis in idem*

- 2.15 En virtud del principio *non bis in idem*⁴ no se pueden imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones.
- 2.16 Como puede advertirse, la prohibición del *non bis in idem* se configura por la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento jurídico; es decir, en caso no se presente de manera concurrente identidad entre los tres aspectos, no habría impedimento para que la entidad pueda iniciar PAD a un servidor y, de ser el caso, sancionarlo posteriormente.
- 2.17 Así, se tiene que el principio *non bis in idem* constituye la garantía en favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción

³ Aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR/PE, modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 092-2016-SERVIR/PE

⁴ Regulado en el numeral 11 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y al cual se rige la potestad disciplinaria del Estado.



persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*⁵.

2.18 Entonces, para la exclusión de la segunda pretensión punitiva del Estado (plasmada en un procedimiento o sanción concurrente o sucesiva) tiene que acreditarse que entre ella y la primera deba apreciarse una triple identidad de "sujeto, hecho y fundamento", dado que, si no apareciera alguno de estos elementos comunes, sí sería posible jurídicamente la acumulación de acciones persecutorias en contra del administrado⁶.

2.19 Ahora bien, consideramos pertinente traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional con relación al principio *ne bis in ídem*, el cual -como se indicó en el [Informe Técnico N° 1551-2016-SERVIR/GPGSC](#) (disponible en www.servir.gob.pe)- guarda plena consonancia con lo previsto respecto al principio *non bis in ídem* en el ámbito del derecho administrativo. Así, de los fundamentos 5, 6 y 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02493-2012-PA/TC⁷ se advierte -entre otros- principalmente lo siguiente:

a) Para saber si estamos o no ante la presencia del referido principio, hay que verificar (en sus dos dimensiones) la concurrencia de tres presupuestos:

- Identidad de la persona perseguida, lo que significa que la persona a la cual se persigue tenga que ser necesariamente la misma.
- Identidad del objeto de persecución, que se refiere a la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.
- Identidad de la causa de persecución, lo que significa que el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tenga que ser el mismo tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento.

b) Al igual que cualquier derecho y principio constitucional, el referido principio tampoco es un principio absoluto o ilimitado, pues es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En ese sentido, el referido principio tiene cuando menos dos restricciones que superan los niveles de razonabilidad y proporcionalidad y que actúan a modo de excepciones:

- Cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad. Esta restricción encuentra su justificación en la imposibilidad de conocer los medios probatorios relevantes para la adopción de la primera

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 728.

⁶ *Ibidem*, 729.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02493-2012-PA/TC. Sentencia: 16 de abril de 2014. Consulta: 9 de abril de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02493-2012-AA.pdf>

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

decisión, que de haberse conocido pudo haber generado la variación del sentido de esa decisión.

- Cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado. Una primera decisión obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento objetiva y razonablemente deficiente⁸ no puede ser considerado como jurídicamente válido.

2.20 Como puede observarse, la determinación de la afectación al principio *non bis in idem* exige - caso por caso- verificar la concurrencia de la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento jurídico; así como, verificar la existencia de alguna de sus excepciones (existencia de nuevos elementos probatorios no conocidos por la autoridad, o existencia de una primera investigación o un primer proceso o procedimiento deficientemente realizado).

2.21 Por lo tanto, para determinar la transgresión o no del principio *non bis in idem* se exige un especial análisis en cada caso en particular⁹, no correspondiendo a SERVIR – mediante un informe técnico como el presente – establecer (en abstracto y como regla general) si se aplica el referido principio a un caso en concreto; sino que tal determinación compete a las entidades, en la tramitación que realicen en torno a las denuncias o reportes internos contra sus servidores por la presunta comisión de faltas disciplinarias, en tanto empleadoras que ejercen su potestad disciplinaria.

III. Conclusiones

3.1 No corresponde a SERVIR pronunciarse respecto al caso concreto planteado en el documento de la referencia, toda vez que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

3.2 El marco normativo de la LRM establece cuales son las causales de abstención en las que podrían incurrir los miembros y/o el Presidente de las Comisiones de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes durante la tramitación de un procedimiento administrativo disciplinario, así como las autoridades ante quienes deberá ser planteadas las solicitudes de abstención.

3.3 Cuando los miembros y/o el presidente de la Comisiones de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes se encuentren inmersos en alguna causal de abstención, corresponderá observar el procedimiento, en relación a las abstenciones, establecido en la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC.

⁸ Para advertir ello, el Tribunal Constitucional señala que corresponde verificar de manera objetiva si la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido realizado observando los derechos y principios constitucionales, los procedimientos establecidos y las diligencias y actuaciones necesarias y relevantes para el esclarecimiento de la conducta ilícita, a fin de que la decisión definida y definitiva válidamente produzca la calidad de cosa juzgada o cosa decidida.

⁹ Conforme también se indicó en el numeral 2.27 del Informe Técnico N° 1551-2016-SERVIR/GPGSC.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

- 3.4 El principio *non bis in ídem* constituye la garantía en favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionadora propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*.
- 3.5 La determinación de la afectación al principio *non bis in ídem* exige -caso por caso- verificar la concurrencia de la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento jurídico; así como, verificar la existencia de alguna de sus excepciones. Dicha determinación caso por caso corresponde ser realizada por las entidades en tanto empleadoras que ejercen su potestad disciplinaria, y no a SERVIR.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

BBBI/meccgo/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: TTHLEAD