



Protección de niñas, niños y adolescentes frente a actos de violencia de parte de personal docente: Principio de especialidad, inexistencia de plazos de prescripción e interés superior de la niñez en el caso del régimen disciplinario magisterial

INFORME DE ADJUNTIA N° 004-2022-DP/AEE



Defensoría del Pueblo

Jirón Ucayali 394-398

Lima-Perú

Teléfono: (511) 311-0300

Fax: (511) 426-7889

Correo electrónico: consulta@defensoria.gob.pe

Página web: <http://www.defensoria.gob.pe>

Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición. Julio 2022

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú nº 2022-06670

Series de informe de adjuntía nº 04-2022-DP/AAE. "Protección de niñas, niños y adolescentes frente a actos de violencia de parte de personal docente: Principio de especialidad, inexistencia de plazos de prescripción e interés superior de la niñez en el caso del régimen disciplinario magisterial"

El presente informe fue elaborado por el Jefe de Administración José Antonio Ordinola Dedios y el comisionado José Luis Moreno Segovia, bajo la dirección de la Adjunta para la Administración Estatal, Eugenia Fernán Zegarra. Se expresa un especial agradecimiento a la Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia por su apoyo en el desarrollo del tema del Interés Superior del Niño en los Tratados Internacionales.

INDICE

I.- Antecedentes	4
Caso de la docente E.R.M.S	4
Caso del docente V.M.S.V	4
II.- Análisis	10
2.1 El TSC no ha tomado en cuenta que el servicio público de educación debe brindarse en un ambiente adecuado: El objetivo de contar con buenos docentes.	10
2.2 El TSC no ha tomado en cuenta el interés superior del educando y el interés superior del niño.	11
2.3 Existen diferencias entre el régimen sancionador general dirigido a los ciudadanos, el régimen disciplinario común de los servidores públicos y el régimen disciplinario magisterial: La doctrina de las relaciones de especial sujeción.	12
2.4 La Ley de Reforma Magisterial es una ley especial en materia disciplinaria	14
2.5 El TSC no ha tenido en cuenta que la técnica de la supletoriedad no se aplica de plano.	18
2.6 La Ley del Procedimiento Administrativo General expresamente no es aplicable supletoriamente al régimen disciplinario magisterial.	21
2.7 La aprobación de precedentes de observancia obligatoria deben partir de un caso concreto.	22
III.- Conclusiones	24
IV.- Recomendaciones	25

INFORME DE ADJUNTÍA N° 004 -2022-DP/AE

Protección de niñas, niños y adolescentes frente a actos de violencia de parte de personal docente: Principio de especialidad, inexistencia de plazos de prescripción e interés superior de la niñez en el caso del régimen disciplinario magisterial

I. Antecedentes

En el ejercicio de sus competencias, la Defensoría del Pueblo ha recibido quejas de padres y madres de familia relacionadas a la existencia de docentes que, a pesar de haber sido sancionados con la destitución de la carrera pública magisterial por conductas de violencia en agravio de estudiantes, continúan brindando el servicio educativo, es decir, manteniendo contacto con niñas, niños y adolescentes.

Al respecto, precisamos dos casos que ilustran la problemática:

Caso de la docente E.R.M.S. que fue sancionada con la destitución de la carrera pública magisterial por incurrir en conductas de violencia física en agravio de sus estudiantes en el año 2019, no obstante, mediante la Resolución n° 1211-2021SERVIR/TSC-Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la docente, el referido órgano declaró la prescripción de la potestad disciplinaria para sancionar los hechos denunciados, debido a que se había excedido el plazo de un (1) año para la duración del proceso administrativo disciplinario, disponiéndose la reincorporación de la docente a la institución educativa de origen. Esto a pesar que los hechos de violencia con alumnos y alumnas del nivel inicial quedaron registrados en video, el cual fue difundido por TVPERÚ y se encuentra alojado en Facebook¹ y anteriormente en Youtube.

Caso del docente V.M.S.V. quien mediante Resolución Directoral n° 2460-2020, del 25 de agosto de 2020, fue sancionado con la destitución de la carrera pública magisterial por incurrir entre los años 2010 y 2013, en actos de violencia sexual en agravio de dos estudiantes que acudían a su vivienda a recibir clases de reforzamiento matemático. En la citada resolución directoral, se menciona que el procedimiento administrativo disciplinario se instauró 6 años después de los hechos denunciados y que, en atención a los plazos de prescripción aprobados en la Resolución n° 003-2019-SERVIR/TSC, la causa habría prescrito, no obstante, entre el derecho a la prescripción solicitada por el docente denunciado y los derechos fundamentales de las estudiantes víctimas de violencia sexual, el titular de la UGEL Morropón resolvió sancionar al docente, amparado en los medios probatorios que se actuaron (declaración de las menores y pericias psicológicas) y el interés superior del niño.

La Resolución Directoral n° 2460-2020, fue impugnada vía recurso de reconsideración en la UGEL Morropón, denunciándose la inobservancia de los plazos de prescripción aprobados en la Resolución n° 003-2019-SERVIR/TSC, por lo que la autoridad educativa solicitó la opinión de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR,

¹ Carabayllo Opina (10 de setiembre de 2019). #Docente #Maltrata #Niños profesora de nivel inicial del C.E.I. La Molina en #Carabayllo, viene siendo acusada de maltratar a sus pequeños alumnos, según se pudo constatar estos hechos en las cámaras de seguridad internas de la institución, en donde se ve claramente. (Publicación de Facebook) Recuperado de <https://www.facebook.com/watch/?v=821917174872911>

recibiendo el Informe Técnico n° 1485-2020-SERVIR-GPGSC, en el que se indica que, conforme al precedente de observancia obligatoria aprobado “*En el marco de un procedimiento administrativo disciplinario seguido contra un profesor o ex profesor sujeto a la Carrera Pública Magisterial, debe verificarse el plazo de prescripción que corresponda, a fin de determinar si la potestad disciplinaria se encuentra vigente*”. Basado en la respuesta recibida de SERVIR, mediante Resolución Directoral n° 25812020 del 13 de octubre del 2020, la UGEL Morropón declaró la prescripción de la potestad disciplinaria y la nulidad de la Resolución Directoral n° 2460-2020 que había dispuesto la destitución del docente denunciado.

Como se puede apreciar la impunidad de los/as docentes agresores, en ambos casos, se originó por el solo transcurrir del tiempo, sin que se haya tomado una decisión administrativa definitiva sobre los hechos cometidos por los/as mismos/as.

Cabe señalar que los plazos mencionados, o sus efectos, no vienen fijados por la ley de la materia, en virtud de la cual se sancionó a los docentes, sino que **son deducidos por la anterior conformación del Tribunal del Servicio Civil a través del precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución n° 003-2019-SERVIR/TSC.**

En dicho precedente, el Tribunal del Servicio Civil ha considerado que el marco legal especial del régimen disciplinario magisterial contenido en la Ley n° 29944 no es suficiente en materia de plazos de prescripción, ya que otras leyes generales como la Ley n° 30057, Ley del Servicio Civil y el Texto Único Ordenado de la Ley n° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG, contemplan una serie de plazos de prescripción que benefician a los funcionarios o administrados investigados o denunciados.

Por lo que, a la luz y al amparo de dichas normas generales, que ciertamente prevén cláusulas de “aplicación supletoria” abiertas, ha decidido aplicar normas externas al régimen magisterial para declarar la prescripción de las acciones disciplinarias, generando los señalados casos de impunidad, aun cuando estos hechos lesivos de diversos bienes, principios y derechos constitucionales están registrados en el internet (*Facebook*) y han sido investigados y valorados de fondo por los representantes de la entidad pública empleadora.

Dentro de otros argumentos, el Tribunal del Servicio Civil considera que la existencia de plazos de prescripción de la potestad administrativa disciplinaria, forma parte del derecho al debido proceso que ostentan los docentes que son procesados por haber cometido faltas administrativas y, a la vez, la existencia de plazos de prescripción es una forma de procurar un ejercicio diligente de dicho poder. El enfoque mencionado, es uno, garantista de dichos docentes y de la generación de incentivos para los agentes de la Administración Pública.

Con el objetivo de visualizar el cambio que se produce con el precedente se debe precisar que la Ley de Reforma Magisterial no prevé ningún plazo de prescripción, únicamente señala que el proceso administrativo disciplinario, una vez instaurado, no debe durar más 45 días hábiles. Es el reglamento, el que establece un plazo de prescripción de 1 año contado desde la fecha en que la Comisión Permanente de

Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes hace de conocimiento la falta, a través del Informe Preliminar, al Titular de la entidad o quien tenga la facultad delegada. Sin embargo, como se señalará más adelante, el Tribunal Constitucional ha matizado este tipo de plazos, en diversas ocasiones, con la finalidad de no generar impunidad. El proceso bajo dicha norma se grafica del siguiente modo:

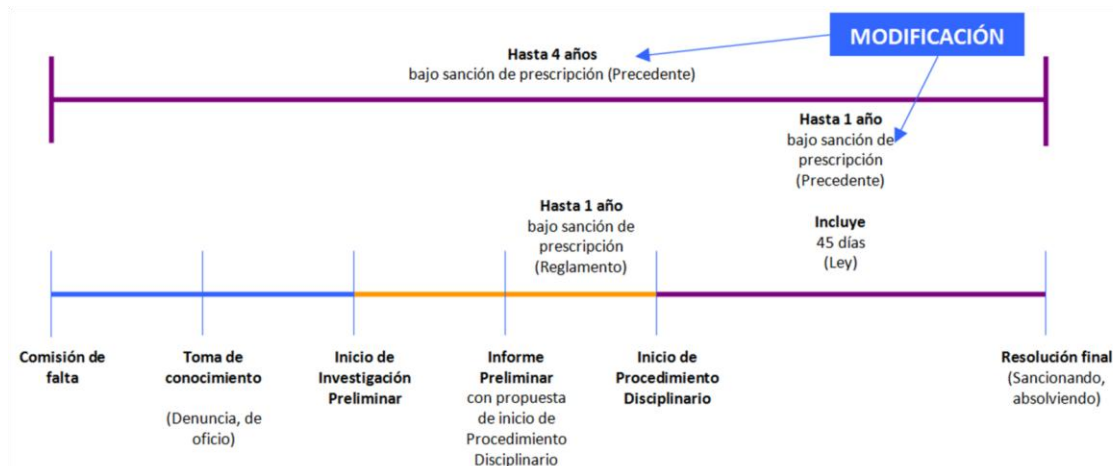


No obstante, según el precedente del Tribunal del Servicio Civil, en el procedimiento disciplinario docente deben existir los siguientes **tres tipos de plazos de prescripción**, cuando la Ley de Reforma Magisterial no prevé ninguno:²

- Cuatro años, para determinar la existencia de infracciones administrativas**, contados a partir del día siguiente de la comisión de la falta; el cual proviene de la LPAG;
- Un año, para la emisión de la resolución de apertura del procedimiento administrativo disciplinario**, a partir de que el titular de la entidad toma conocimiento de los hechos a través del informe preliminar emitido por la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes; según el reglamento de la Ley de Reforma Magisterial; y,
- Un año, para la duración del procedimiento administrativo disciplinario**, contado desde la fecha de inicio hasta la emisión de la resolución final que pone término al mismo; el mismo que está contemplado en la Ley del Servicio Civil.

Estos cambios se pueden observar en el siguiente gráfico:

² Como se verá más adelante, el reglamento de dicha ley, es el que establece un plazo de prescripción, equivalente al del punto b, sin embargo ese plazo es relativizado.



La Defensoría del Pueblo, en el Informe de Adjuntía n° 007-2018-DP-AAE, “*Mecanismos de protección frente a actos de hostigamiento y violencia sexual en las escuelas*”³, dio cuenta de los problemas de calidad resolutoria en materia sancionadora en que incurren las Instancias de Gestión Educativa Descentralizadas.⁴ De 174 resoluciones emitidas por el Tribunal del Servicio Civil (TSC), entre los años 2015-2017, sobre casos de hostigamiento y violencia sexual contra docentes, el 44,25% (77) fueron anuladas o revocadas. En ese marco, se recomendó al Ministerio de Educación reconfigurar el procedimiento sancionador disciplinario para hacerlo más técnico y profesional.

De acuerdo a información preliminar obtenida del Ministerio de Educación, esta situación no ha sido superada. No obstante, el Tribunal del Servicio Civil ha decidido establecer plazos de prescripción, lo que, en la práctica, solo contribuirá a reducir la carga que tienen las instancias administrativas del sector educación y el referido Tribunal, más no al cumplimiento de los fines de la potestad disciplinaria de las instituciones públicas, que es garantizar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Recientemente se han revisado 306 resoluciones emitidas por el Tribunal del Servicio Civil, durante el periodo 2018-2020,⁵ en las cuales los recursos de apelación formulados por docentes fueron declarados fundados y se ordenó el archivo de los procedimientos disciplinarios sancionadores entablados en su contra, se observa que⁶ en 101 casos, es decir la tercera parte de los casos resueltos a favor de los docentes, se basaban en la prescripción de la potestad disciplinaria.

³ Defensoría del Pueblo, *Mecanismos de Protección frente a actos de hostigamiento y violencia sexual en las escuelas* (2018).

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/IA-007-2018-DP-AAE-Informe-Proteccion-Violencia-Sexualcontra-Estudiantes.pdf>

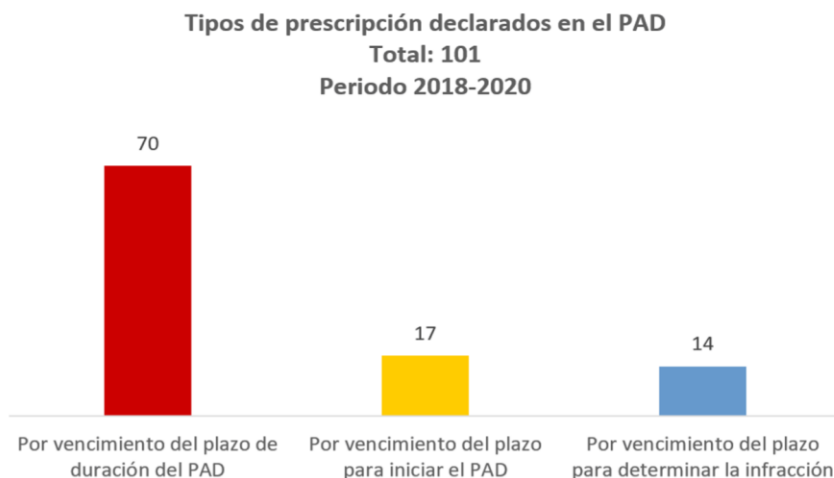
⁴ Se verificó que, de 174 resoluciones revisadas por el Tribunal del Servicio Civil, 77 de ellas (44%) fueron anuladas o revocadas, principalmente por defectos de subsunción de la falta y la conducta cometida, aplicación de un régimen disciplinario ajeno al personal docente y falta de motivación.

⁵ Remitidas por el Tribunal del Servicio Civil a pedido de la Defensoría del Pueblo.

⁶ Cada resolución ha sido revisada por la Defensoría del Pueblo.

Los tipos de plazos que el Tribunal del Servicio Civil aplicó para la declaración de la prescripción de la potestad sancionadora disciplinaria, en el total de 101 casos señalados, se pueden apreciar en el siguiente cuadro, el cual evidencia que más de los

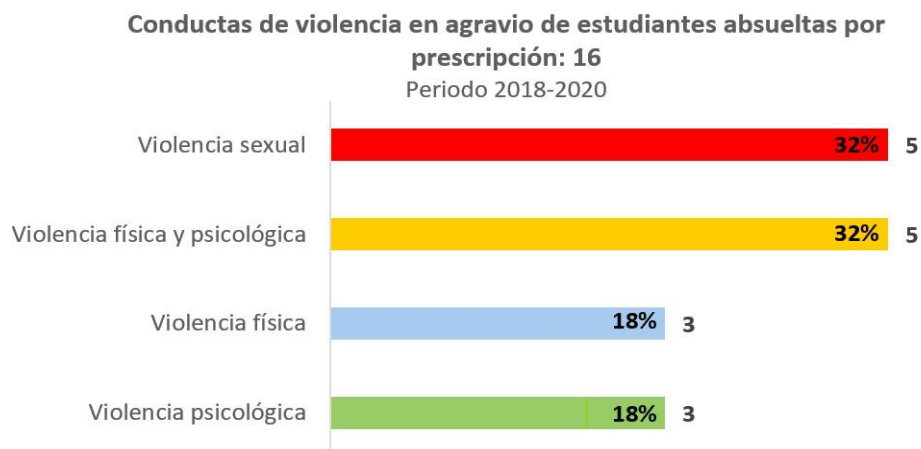
2/3 de los procedimientos que son archivados por prescripción, se debe a la demora en la sustanciación del procedimiento disciplinario en sí, es decir luego de supuestamente haber concluido exitosamente la fase de investigación preliminar. Este tipo de plazo de prescripción no está contemplado en la Ley de Reforma Magisterial, ni en su reglamento.



Fuente: Base de datos del Tribunal del Servicio Civil

Los 101 casos declarados prescritos no incluyen a aquellos que lo fueron directamente por las IGED, es decir, sin la intervención del Tribunal del Servicio Civil, como ocurrió en el caso del docente V.M.S.V.; es decir, podrían existir más casos de prescripción.

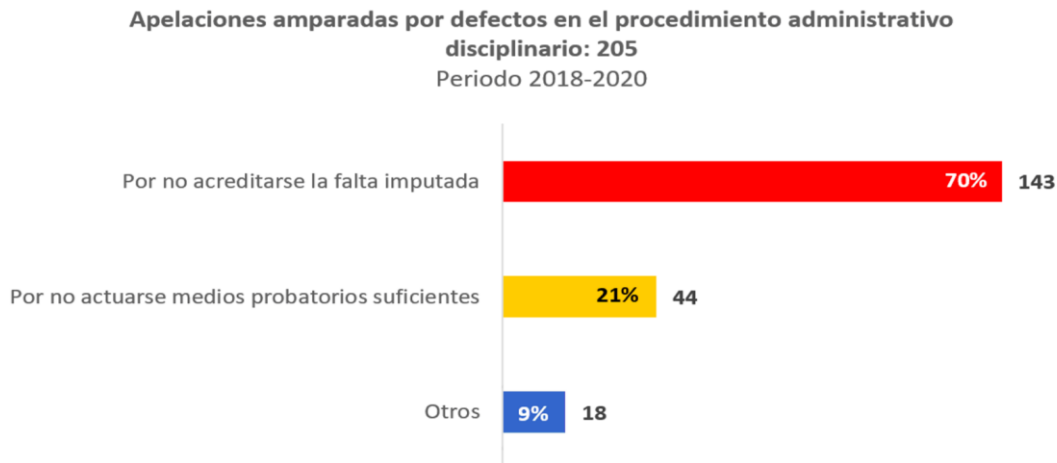
De esos 101 casos, 16 (la sexta parte) están relacionados a conductas de violencia en agravio de estudiantes, conforme se detalla en el siguiente gráfico.



Fuente: Base de datos del Tribunal del Servicio Civil

Las otras 205 resoluciones restantes que amparan los recursos de apelación presentados por los docentes evidencian deficiencias en la investigación de los hechos y la resolución de los casos por parte de las Instancias de Gestión Educativa Descentralizadas, tales como, imponer sanciones sin la suficiente actuación de medios

probatorios o basándose en hechos no acreditados, conforme se detalla en el siguiente gráfico.



Fuente: Base de datos del Tribunal del Servicio Civil
Elaboración: Defensoría del Pueblo

Una visión más amplia del panorama se puede obtener de la plataforma virtual SíseVe que visibiliza denuncias de violencia que se producen y afectan a los estudiantes y el Sistema informático de monitoreo de expedientes – SIMEX,⁷ el cual contiene los datos de las denuncias registradas por las Comisiones de Procedimientos Administrativos Disciplinarios contra el personal del sector educación.

La plataforma SíseVe registra un total de 6,559 denuncias ciudadanas de violencia física, psicológica y sexual de personal docente contra estudiantes, solo en el año 2019.

Por su parte, el SIMEX registra entre los años 2019 a 2021,⁸ 4,653 denuncias por conductas de violencia física, psicológica y/o sexual en agravio de estudiantes, de las cuales 1,450 tienen una decisión sobre el fondo del caso y en otras 317 se ha iniciado el procedimiento disciplinario pero todavía no figura un registro de su terminación. El resto de las denuncias, un total de 2,886, más de la mitad de los casos (1,533), no tienen un registro que indique si se ha instaurado o no, el procedimiento administrativo disciplinario.

De acuerdo a los registros del SIMEX, de las 1,450 denuncias con procedimientos ya concluidos, en 196 casos, es decir el 13%, la decisión se habría emitido habiéndose

⁷ Remitidas por el Ministerio de Educación a pedido de la Defensoría del Pueblo.

⁸ Los registros del SIMEX han sido revisados y procesados manualmente por la Defensoría del Pueblo.

superado el plazo de 1 año. Por su parte, de las 317 denuncias en los que los procedimientos sancionadores disciplinarios fueron iniciados pero que aún no han sido concluidos, en 251 casos, es decir en el 79%, también se supera el plazo de 1 año y no se ha registrado la conclusión del proceso. Esta omisión de registro es imputable a la Instancias de Gestión Educativa Descentralizada – IGED.

Frente a este preocupante contexto, en el presente informe se analiza la Resolución n° 003-2019-SERVIR/TSC emitida por el Tribunal del Servicio Civil y su fundamentación es contrastada con diversos principios, bienes y derechos constitucionales, con la finalidad de determinar su adecuación o no a los mismos y, por lo tanto, su validez.

II. Análisis

2.1. El TSC no ha tomado en cuenta que el servicio público de educación debe brindarse en un ambiente adecuado: El objetivo social de contar con buenos docentes

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 13, precisa que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, asimismo debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. En este sentido, la educación es reconocida como un derecho constitucional en los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Política del Perú.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha precisado que los castigos físicos son incompatibles con el principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos: La dignidad humana.⁹

Debido a los periodos de larga convivencia en las escuelas y teniendo en cuenta la incidencia en el desarrollo integral de las personas de esta experiencia educativa, además del reconocimiento del derecho a la integridad a toda persona por parte del artículo 2 de la Constitución Política, el artículo 15 de dicha misma norma enfatiza que: *“El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico”*.

Es decir que, reconociendo los potenciales riesgos que existe en la relación docente-alumno, la propia Constitución Política pone énfasis en el respeto del derecho a la integridad psicológica y física del/a alumno/a. Es de este modo que el desempeño de la profesión docente se convierte en uno de los encargos de mayor responsabilidad y significado a nivel social, de modo tal que la Ley General de Educación, Ley n° 28044, exige al docente *“idoneidad profesional, probada solvencia moral y salud física y mental que no ponga en riesgo la integridad de los estudiantes”*.¹⁰ Debido a la importancia de estas relaciones y situaciones, la legislación sectorial inclusive torna en

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13: El derecho a la educación. Párrafo 41.

¹⁰ Artículo 56 de la Ley 28044

exigencia jurídica la valoración de la solvencia moral necesaria del/a docente, en relación al riesgo, y no solamente la lesión efectiva, que una ausencia de la misma supone.

Dicho esto, es menester señalar que el Tribunal del Servicio Civil no ha tomado en cuenta que el servicio público de educación debe brindarse en un ambiente adecuado y seguro, libre de riesgos o amenazas.¹¹

La escuela debe ser un lugar institucionalmente seguro y ejemplar, en donde el poder público garantice, promocióne, proteja y demuestre la plena vigencia de los valores sociales plasmados en la Constitución Política y los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú y, no, un lugar donde estos se contravienen sin sanción acorde a la falta cometida.

2.2. El TSC no ha tomado en cuenta el interés superior del educando y el interés superior del niño

El Tribunal del Servicio Civil tampoco ha mencionado en la fundamentación de su precedente que el centro del sistema educativo es el estudiante, conforme a lo prescrito expresamente por el artículo 53º de la Ley n° 28044, Ley General de Educación.

Este aspecto es tan relevante jurídicamente que el Comité de Derechos Económicos y Culturales, en su Observación General n° 13 de 1999, ha tenido a bien precisar que “*al considerar la correcta aplicación de [los componentes del derecho a la educación], se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos*” (§ 7).

Y es que esta afirmación no es más que la aplicación concreta del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño, el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos y su desarrollo holístico,¹² el cual puede ser concebido como un derecho sustantivo, pero también como un principio interpretativo y una norma de procedimiento¹³. Es de este modo en que es reconocido expresamente por el artículo 2 de la Ley n° 30466 que establece: “*el derecho a que se le considere de manera primordial, en todas las medidas que le afecten directa o indirectamente y garantizando sus derechos*

¹¹ Sobre el derecho administrativo y la lógica contemporánea de la prevención de riesgos, es altamente recomendable una revisión del sistema alemán: Ibler, M. (2010). Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán: Derecho de prevención de riesgos (32), pp. 143-160. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2010.0032.10>

¹² Comité de los Derechos del Niño. Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párrafo 4.

¹³ Comité de los Derechos del Niño. Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párrafo 6.

humanos”. El artículo 5 obliga a las autoridades administrativas a fundamentar expresamente las decisiones que involucren este derecho.

El artículo 9.4 del reglamento de la dispone la obligación de las autoridades de evaluar la seguridad e integridad de cada niña, niño o adolescente en cada momento. Dicha evaluación supone valorar la posibilidad de riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de la niña, niño o adolescente.

El principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica o interpretativa, facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa. De hecho, el artículo 8.3 del reglamento, en concordancia con el artículo 4 *in fine* de la Ley contempla expresamente la facultad de efectuar una “ponderación de derechos”, la cual *“Se realiza mediante un adecuado análisis de la relación de preferencia entre los derechos que entran en conflicto (...) si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño”*.

Sin embargo, pese a la existencia de todo este marco legal, el Tribunal del Servicio Civil ha omitido la consideración del interés superior del niño en sus tres dimensiones, lo que ha originado una interpretación que deriva en la impunidad del personal docente. Ello no solo supone un riesgo para el pleno cumplimiento de los objetivos del sistema educativo nacional, sino que también supone un riesgo para la integridad psíquica, física y sexual de los niños, niñas y adolescentes puestos a cargo de dichos docentes.

De este modo, queda claro, al amparo del interés superior del niño, que toda situación de riesgo que involucre a este sector de la población y que esté sujeta a evaluación de las autoridades administrativas debe ser considerada como intolerable y por lo tanto debe ser erradicada del sistema educativo por conculcar los derechos de niñas, niños y adolescentes.¹⁴

2.3. Existen diferencias entre el régimen sancionador general dirigido a los ciudadanos, el régimen disciplinario común de los servidores públicos y el régimen disciplinario magisterial: La doctrina de las relaciones de especial sujeción

Al amparo del artículo 39 de la Constitución Política los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación, es decir no únicamente de un empleador concreto sino de los intereses generales de la población. El artículo 40 precisa que la carrera administrativa, los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios se regulan por ley; por una ley especial, distinta a la del régimen laboral privado.

Dicho de otro modo, el servidor público no se encuentra en la misma posición que una persona o trabajador privado, consecuentemente su regulación no puede ser la misma.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación general n° 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Párrafo 17.

Refiriéndose al ámbito de la aplicación de sanciones, la doctrina precisa que, en el caso del servidor público es *“necesaria una especial disciplina más acentuada.”*¹⁵

Esto se debe, según Belén MARINA JALVO, a que: *“La potestad disciplinaria sirve a la Administración Pública para la tutela de su organización, de forma que ésta pueda cumplir su función de servicio público eficaz, imparcial y con respeto a la legalidad. El poder disciplinario es, por tanto, un instrumento del que dispone la Administración para luchar contra los funcionarios que incumplen o abusan de sus funciones en perjuicio de la cosa pública, de los derechos y libertades del ciudadano.”*¹⁶

Debe tenerse en cuenta que, en el sector público, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, los incumplimientos de los deberes funcionales del/a trabajador/a no solo afectan al “empleador” o su organización, quien debe asumir las consecuencias que pueda generarle un “mal/a trabajador/a”, sino que en el caso del Estado los/las ciudadanos/as receptores del servicio también asumen las consecuencias, en mayor o menor medida, según el tipo de servicio o función pública que se encuentre involucrada.

El tratamiento particular que pueden merecer los derechos del servidor público, en el marco de su “relación de sujeción especial” con el Estado, es reconocida y validada por la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional que señala:

*“(…) que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales.”*¹⁷

Dicho esto, es también necesario tener presente que existe un doble matiz en el caso de algunos servidores públicos, ya que cierto sector de aquellos desarrollan una función mucho más comprometida con los intereses generales de la población, como son los docentes o el personal de la salud, quienes más allá de prestar servicios catalogados como “esenciales”, brindan un servicio más cercano y permanente de las personas que cualquier otro.

Así, siendo que los diversos servicios o funciones públicas existentes no son homogéneos o generalizables, al amparo del artículo 103 de la Constitución Política que faculta la expedición de leyes especiales siempre que la naturaleza de las cosas lo amerite, siempre habrá sectores de servidores públicos que merecerán y tendrán una más intensa regulación de sus actividades, como es el caso del personal docente, situación que no ha sido considerada por el Tribunal Civil al momento de expedir el precedente contenido en la Resolución n° 003-2019-SERVIR/TSC.

¹⁵ BOYER BARRERA, J. (2016) *“El procedimiento administrativo disciplinario desde la teoría de las relaciones de especial sujeción: ¿Un jardín de senderos que se bifurcan?”*. En: Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo (752).

¹⁶ MARINA JALVO, B. (2006). *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (p. 44). Lex Nova.

¹⁷ Sentencia emitida en el expediente n° 866-2000-AA/TC, Fundamento 4. En similar sentido, 00175-2017-PA/TC, Fundamento 18. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00866-2000-AA.pdf> y <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00175-2017-AA.pdf>

Incluso, las diferencias no solo están referidas a la naturaleza del servicio brindado, sino a los mecanismos de control efectivamente establecidos. Así, por ejemplo, mientras el régimen del servicio civil establece que las investigaciones preliminares al procedimiento disciplinario están a cargo de un órgano unipersonal, el/la secretario/a técnico; en el régimen magisterial, dichas investigaciones se encuentran a cargo de un órgano colegiado, el cual tiene a un/a docente como miembro fijo en el mismo. Resulta evidente que la naturaleza deliberativa de los órganos colegiados afecta la eficiencia y la eficacia de la acción indagatoria y disciplinaria.

2.4. La Ley de Reforma Magisterial es una ley especial en materia disciplinaria

En este marco, la Ley n° 29944, Ley de Reforma Magisterial, regula las relaciones de especial sujeción entre el Estado y los profesores que prestan servicios en las instituciones y programas educativos públicos de educación básica. Contiene los diversos deberes, obligaciones y prohibiciones que pesan sobre aquellos y las posibilidades de ejercicio de la potestad disciplinaria ante su incumplimiento.

Como se ha adelantado, el artículo 43 de la Ley de Reforma no fija plazos de prescripción o caducidad, ya sea para el inicio del “proceso administrativo disciplinario”, ya sea para la “duración del procedimiento” una vez iniciado, u otro. Es el artículo 105 del reglamento de la Ley el que introduce la figura del plazo de prescripción *de un 1 año* para iniciar el proceso administrativo disciplinario desde la fecha en que la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes hace de conocimiento la falta, a través del informe preliminar, al titular de la entidad”.

La finalidad de contemplar este tipo de medidas es evitar la impunidad del agresor por el solo paso del tiempo, garantizando con ello la eliminación de todo riesgo para la integridad de los estudiantes, y asegurando en la mayor medida posible la formación integral de las personas.

De hecho, incluso en el caso de los servidores públicos en general, con la finalidad de que el paso del tiempo no genere impunidad BOYER CARRERA, plantea que: “*se introduzcan plazos diferenciados, pero en función de la gravedad de la infracción. Para ello, la propia Ley del Servicio Civil tendría que modificarse y ser más específica en la clasificación de las infracciones estableciendo, esencialmente, cuáles deberían ser consideradas como muy graves que acarreen la sanción de destitución; y de esta manera, estas últimas cuenten con un plazo de persecución más gravoso que las leves o las grave*”¹⁸ (subrayado agregado). Si esto es así para los servidores públicos en general, no existe razón alguna para objetar la decisión adoptada por el legislador de la Ley n° 29944 que decidió no establecer plazos de prescripción en el caso de las faltas administrativas cometidas por el personal del Estado sujeto a la carrera pública magisterial.

¹⁸ Boyer Carrera, Janeyri (2020) “*La prescripción de las infracciones disciplinarias en la Ley del Servicio Civil: Los problemas de su cómputo y configuración*”. Derecho y Sociedad Civil, 49-63 (Consultado el 21 de abril de 2022), disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22433/21661>

Por otro lado, un aspecto esencial que debe tomarse en cuenta es que este esquema regulatorio era el reflejo de otro similar contenido en el régimen de carrera administrativa del Estado (Decreto Legislativo n° 276 y su reglamento), el cual fue convalidado reiteradamente por el supremo intérprete de la Constitución al señalar que:

“(...) el Tribunal Constitucional estima que el incumplimiento del plazo de 30 días hábiles no origina la nulidad del proceso administrativo-disciplinario materia de autos, más aún, si, como se ha expuesto, durante su desarrollo se respetó, en su contenido esencial, el ejercicio del derecho al debido proceso y, máxime, si, conforme se desprende del tenor del propio artículo 163° del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM, el incumplimiento del plazo de 30 días hábiles configura falta de carácter disciplinario –contenida en los incisos a) y d) del artículo 28° del Decreto Legislativo N.° 276– de los integrantes de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios, no tratándose de un plazo de caducidad que extinga el derecho de la administración de ejercer su facultad sancionatoria (...)”¹⁹ (subrayado agregado).

La citada sentencia es el producto de la ponderación efectuada por el Tribunal Constitucional entre la opción de aplicar un procedimentalismo o formalismo extremo y la necesidad de no amparar la impunidad en el sector público.

Como se puede apreciar, existiendo un margen interpretativo, ante una alegada vulneración de derechos fundamentales del/a trabajador/a sancionado/a el supremo intérprete de la Constitución decide dar un peso mayor a la necesidad de velar por el correcto funcionamiento de la Administración Pública, cuyo fin último es garantizar que las instituciones públicas respondan al interés general de toda la población.

De hecho, el Tribunal Constitucional en una sentencia posterior señala que:

“(...) la figura jurídica de la prescripción no puede constituir, en ningún caso, un mecanismo para proteger jurídicamente la impunidad de las faltas que pudieran cometer los funcionarios o servidores públicos, puesto que esta institución del derecho administrativo sancionador no solo tiene la función de proteger al administrado frente a la actuación sancionadora de la administración, sino también, la de preservar que dentro de un plazo razonable los funcionarios competentes cumplan –bajo responsabilidad– con ejercer el poder de sanción de la administración contra quienes pueden ser pasibles de un procedimiento administrativo disciplinario”²⁰.

Esta lógica ha sido seguida recientemente, incluso en el régimen laboral de la actividad privada. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(...) este Tribunal opina que la desidia o colaboración de otros trabajadores (como alega el actor) en comunicar oportunamente la falta no afecta la validez

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente n° 858-2001-AA/TC, Fundamento 2 c. Las mismas consideraciones se pueden encontrar, dentro de otras, en las sentencias recaídas en los Expedientes n° 271-2003-AA/TC (Fundamento 3), 1529-2004-AA/TC (Fundamento. 3) y 1654-2004-AA/TC (Fundamento 5).

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente n° 2775- 2004-AA/TC, Fundamento 3.

del inicio del procedimiento investigatorio (...) en vista que dichos funcionarios no tenían facultad para imponer sanciones de despido.

(...) Ahora bien, respecto al cumplimiento del principio de inmediatez en el curso del propio procedimiento investigatorio (21 de julio de 2011) hasta el despido del demandante (30 de noviembre de 2011), debe apreciarse tanto la complejidad de los hechos que son materia de investigación como los actos que articulan el procedimiento de despido, que dependen en gran medida de cómo se organiza la empresa en su interior.

(...) Sobre los hechos materia de investigación, de antemano, este Tribunal advierte que la falta grave cometida por el actor implicó una serie de hechos complejos, lo que hace que en el presente caso el principio de inmediatez sea más elástico.

(...) De todos los pasos seguidos por el procedimiento disciplinario, no se advierte que haya sido articulado con actos innecesarios o redundantes, ni tampoco se observa que la duración del referido procedimiento haya desbordado el tiempo razonable para sancionar las faltas comprobadas, más aún si éstas, tal como se ha advertido, se han revestido de complejidad y dificultad”.²¹

En el caso del régimen disciplinario del sector público, el Tribunal Constitucional utiliza un parámetro similar conocido como el “criterio del plazo razonable”,²² el cual, como se ha señalado es un instrumento de ponderación entre los bienes constitucionales en conflicto: seguridad jurídica y bienestar general de la población.

Los lineamientos del Tribunal Constitucional en materia disciplinaria cobran mayor vigencia, pues si en los “servicios públicos ordinarios” no es admisible la impunidad, mucho menos lo es en un “servicio público esencial” destinado a contribuir en la formación de niñas, niños y adolescentes.

De otra parte, el criterio de interpretación histórica permite advertir que el Proyecto de Ley 1388/2012-PE, de Ley de Reforma Magisterial, de fecha 7 de agosto de 2012,²³ fue presentado, por el Poder Ejecutivo, practicante en paralelo con el Proyecto de Ley 1846/2012-PE, de Ley del Servicio Civil, de fecha 4 de enero de 2013.²⁴ Este último proyecto, ya contenía una cláusula de supletoriedad en su Primera Disposición Complementaria Final, por lo que no se puede inferir que la *ratio legis* de la Ley del Servicio Civil era enmendar lo dispuesto en la Ley de Reforma Magisterial, que tenía una regulación divergente en diversas materias, en especial la disciplinaria.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente n° 3860- 2013-PA/TC, Fundamento 31-33 y 40.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente n° 3778-2004-AA/TC, Fundamento 21.

²³ Poder Ejecutivo (2012). Proyecto de Ley 1388/2012-PE, Ley de Reforma Magisterial. Recuperado de: [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/276c51c272e512e705257a54001c1d46/\\$FILE/PL01388070812.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/276c51c272e512e705257a54001c1d46/$FILE/PL01388070812.pdf)

²⁴ Poder Ejecutivo (2013). Proyecto de Ley 1846/2012-PE, Ley del Servicio Civil. Recuperado de: [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/91d4fe810a10d68805257ae90058bd62/\\$FILE/PL01846040113.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/91d4fe810a10d68805257ae90058bd62/$FILE/PL01846040113.pdf)

Por el contrario, dicho paralelismo, permite deducir que se busca mantener un régimen y lógica especial para la carrera magisterial, propia de los delicados fines, bienes y derechos encomendados al servicio educativo.

De hecho, la exposición de motivos de la Ley de Reforma Magisterial, permite concluir que no se buscaba alterar en lo sustantivo el régimen disciplinario anterior, convalidado reiteradamente por el Tribunal Constitucional, como ya se ha señalado. Así, se indicaba que, básicamente “*El proyecto de ley amplía los tipos de sanciones*”, respecto régimen disciplinario anterior, claro está. Asimismo, se señala que el objetivo del régimen disciplinario es garantizar el “*debido proceso*”, que es la categoría o derecho fundamental que había servido de parámetro al Tribunal Constitucional para evaluar la validez de las diversas medidas disciplinarias que fueron cuestionadas en la vía procesal constitucional. No se alude pues a una vinculación con un marco jurídico distinto como el del procedimiento administrativo sancionador general o de un régimen de carrera general.

Y es que no existe, un único *ius puniendi* estatal y menos que éste, en el caso de la Administración Pública, tenga “*entronque constitucional*”. Por el contrario, la doctrina ha señalado que “*la potestad sancionadora de la administración pública se justifica principalmente en razones pragmáticas, puesto que es menester reconocer a la administración facultades coercitivas en orden a cautelar el cumplimiento de las normas legales*”.²⁵

Incluso, el Tribunal Constitucional ha llegado a establecer diferencias entre el aludido *ius puniendi* y el “*poder disciplinario*” del empleador, señalando, por ejemplo, que: “*El (...) retiro no se impone en ejercicio del ius puniendi del Estado, sino en uso del poder disciplinario de la PNP, conforme a la relación jurídica estatutaria con sus funcionarios, por lo que la sanción disciplinaria se ha dispuesto en virtud de un interés jurídicamente protegido, como es el hacer cumplir la ley (...)*”.²⁶

Es necesario tener en cuenta, que para algunos autores la doctrina del *ius puniendi* estatal se genera por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, en un contexto muy específico, con la finalidad de dotar de unas garantías mínimas a la ciudadanía en el ejercicio de poder administrativo sancionador del Estado.²⁷

No obstante todo lo anterior, el Tribunal del Servicio Civil ha considerado que el marco legal especial del régimen disciplinario magisterial no es suficiente. Por lo que al amparo de leyes generales como la Ley n° 30057, Ley del Servicio Civil y el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, decidió alterar sustancialmente el régimen disciplinario magisterial, considerando la existencia de diversos plazos de prescripción de la potestad disciplinaria originalmente no previstos, generando impunidad.

²⁵ Danós Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública (p. X). En: *Ius et veritas*, 5(10). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el Expediente n° 940-2003-AA/TC, Fundamento 3. Recuperado a partir de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00940-2003-AA.html>

²⁷ Nieto, A. (2005), Derecho administrativo sancionador (pp. 90 y ss). Tecnos.

Dicha interpretación contraviene el criterio de especialidad de las leyes contemplado en el artículo 103 de la Constitución Política, desconociendo su vital importancia, ya que incluso, en el caso de concurrencia con el criterio de *lex posterior deroga priori*, el principio de especialidad tiene que prevalecer.

La impunidad que se genera colisiona frontalmente con la claridad existente sobre las conductas que deben ser sancionadas con la destitución por falta de idoneidad de los/as docentes que incurran en las mismas. Anteriormente hemos puesto énfasis en que el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(…) analizadas las distintas causas que (...) dan lugar a la sanción de destitución (causar perjuicio grave al estudiante y/o a la Institución Educativa; maltratar física o psicológicamente al estudiante causando daño grave; realizar conductas de hostigamiento sexual (...) puede concluirse que, sin perjuicio de sus distintas características propias, todas denotan una ausencia absoluta de compromiso con el derecho fundamental a la educación y con su condición de presupuesto axiológico para alcanzar “el desarrollo integral de la persona humana”, según reza el artículo 13 constitucional, situación que, como es evidente, se torna singularmente grave habiéndose tratado de supuestos profesionales de la docencia.”

En tal sentido, la efectiva vigencia del deber del Estado de proteger y promover el referido derecho fundamental (artículo 14° de la Constitución), exige no volver a situar en riesgo la estabilidad psíquica y somática del educando, ni la imagen e idóneo funcionamiento de las instituciones educativas, siendo preciso, en consecuencia, que personas cuya conducta ha resultado manifiestamente incompatible con estos valores constitucionales, no tengan oportunidad de ejercer nuevamente el cargo de profesores. Una interpretación discordante con este planteamiento, en definitiva, violaría el contenido esencial del derecho fundamental a la educación, quedando, por consiguiente, proscrita constitucionalmente” (subrayado agregado).²⁸

2.5. El TSC no ha tenido en cuenta que la técnica de la supletoriedad no se aplica de plano

La técnica de la supletoriedad o aplicación supletoria de las normas aparenta simpleza y la doctrina especializada sobre la misma es escasa, al igual que la jurisprudencia. No obstante, la Contradicción de Tesis 389/2009 y otras similares, emitidas por la Segunda Sala Suprema de Justicia de la Nación de México sobre esta materia, permiten superar dicho escollo. Dicho órgano judicial establece un *test* para determinar si una norma es supletoriamente aplicable a otra, del siguiente modo:

²⁸ Tribunal Constitucional (2008). Sentencia recaída en el expediente n° 25-2007-PI/TC (Fundamento 134). Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00025-2007-AI.pdf> Sentencia citada en: Defensoría del Pueblo (2017). Mecanismos de protección frente actos de hostigamiento y violencia sexual en las escuelas, Informe de Adjuntía n° 07 2018-DP/AAE (pp. 30-31). Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/IA-007-2018-DPAAE-Informe-Proteccion-Violencia-Sexual-contra-Estudiantes.pdf>

“La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones y que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que:

- a) El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos;*
- b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente;*
- c) Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y,*
- d) Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate”²⁹ (subrayado agregado).*

Cómo se puede apreciar, la alta jurisprudencia de otros países se ha ocupado de delinear el uso de la técnica de la supletoriedad, la cual no es de aplicación inmediata o de plano, sino que está sujeta a la realización de un examen riguroso.

Es decir que, no existen respuestas apriorísticas ni unívocas en materia de aplicación supletoria de las normas, sino que el juzgador (o el cuasi juzgador) debe realizar una labor interpretativa ardua que busque mediar entre las diversas normas y principios que pueden verse involucrados o afectados en la resolución de un conflicto concreto, con la finalidad de maximizarlos todos a la vez, como corresponde.

En este sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana se ocupado de advertir en diversas ocasiones que no es factible aplicar la técnica de la supletoriedad. Así, por ejemplo, ha señalado que:

“Si bien es cierto que esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó el criterio sostenido en la tesis citada de rubro: «SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE», y que los artículos 6o. de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado de Tamaulipas, 193 de la Ley del Trabajo de los Servidores Públicos del Estado y Municipios del Estado de México y 11 de la Ley de los Trabajadores al Servicio del Estado de Puebla, establecen que lo no previsto en estas legislaciones en materia procesal se

²⁹ Segunda Sala Suprema de Justicia de la Nación de México (2013). Tesis de jurisprudencia 34/2013 (10a.). En Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 2 (p. 1065). Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/2016-12/XVIII_MAR.pdf

regulará por las disposiciones contenidas en la Ley Federal del Trabajo, de aplicación supletoria (con excepción del Estatuto de los Trabajadores al Servicio del Estado, de los Municipios y de los Organismos Públicos Coordinados y Descentralizados del Estado de Guerrero, que no contiene disposición similar), también lo es que no por ello puede considerarse que sea posible suplir la ley en un recurso no regulado por la propia legislación local, como lo es el de revisión contra los actos dictados en ejecución de laudos, convenios, etcétera, previsto en el artículo 849 de la legislación federal citada, pues si el ordenamiento legal que debe suplirse no sólo no prevé el recurso de que se trata, sino que tampoco señala la autoridad a quien corresponde resolverlo, es indudable que no puede aplicarse supletoriamente otro ordenamiento (...)³⁰ (subrayado agregado).

Los tribunales españoles, incluyendo el Tribunal Constitucional, también han realizado análisis pormenorizados sobre el impacto de la aplicación de la técnica de la supletoriedad, resaltando la labor “hermenéutica” que corresponde efectuar al juzgador y la aplicación de los principios generales del derecho como el de especialidad de la ley. Así, por ejemplo, ante la pretensión de aplicación supletoria de la ley de procedimiento administrativo, en materia de rectificación de errores, a la ley electoral ha señalado que:

“La conexión de estos dos preceptos plantea dos cuestiones. La primera es la relativa a si el art. 120 LOREG, en su referencia a «lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento», incluye o excluye la rectificación de errores. Que literalmente la LOREG no se refiere a tal rectificación es manifiesto, pero igual de manifiesto es que no se requiere utilizar una precisa semántica para concebir como expreso lo que realmente lo está, aunque no aparezcan los términos en su literalidad. En lo que aquí interesa, la exhaustividad regulatoria de la LOREG a propósito de los modos y plazos para presentar y resolver reclamaciones y protestas desde el inicio hasta el final del proceso electoral, pasando por el escrutinio general y las vicisitudes que en él pudieran surgir, es evidente, sobre todo a raíz de su reforma por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, que tuvo como una de sus finalidades (...) la mejora del proceso electoral en lo que a la «depuración y necesaria corrección» de «incidencias técnicas» se refiere. Por ello debe entenderse, sin duda, que tal regulación comprende todas las operaciones relacionadas con el escrutinio general (...)”

De acuerdo con lo dicho, por tanto, y sin perjuicio de la corrección de argumentar con el principio *lex specialis derogat generali*, según hace la Sentencia impugnada, porque, al prever la LOREG detalladamente los plazos y modos en los que caben las rectificaciones correspondientes de los eventuales errores que puedan producirse, no queda margen para la supletoriedad pretendida (...) la razón de que no puedan ser aplicados como supletorios al régimen electoral los mencionados preceptos de la Ley administrativa es anterior y más relevante, ya que deriva directamente del texto constitucional, a saber: la reserva a ley

³⁰ Segunda Sala Suprema de Justicia de la Nación de México (2013). Tesis de jurisprudencia 45/2013 (10a.). En Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 2 (p. 1508). Recuperado de: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/2016-12/XIX_ABR.pdf

*orgánica del régimen electoral general que lleva a cabo el art. 81.1 CE*³¹(subrayado agregado).

No obstante, para dictar el precedente vinculante objeto de análisis, el Tribunal del Servicio Civil decidió, de plano, que la Ley del Servicio Civil es aplicable supletoriamente al régimen disciplinario magisterial. El Tribunal basa su operación en la aplicación automática de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil que establece que:

“Las carreras especiales, los trabajadores de empresas del Estado, los servidores sujetos a carreras especiales, las personas designadas para ejercer una función pública determinada o un encargo específico, ya sea a dedicación exclusiva o parcial, remunerado o no, se rigen supletoriamente por el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador, establecidos en la presente Ley” (subrayado agregado).

Aplicando el *test* de la Corte Suprema mexicana, advertimos que la decisión del Tribunal del Servicio Civil no supera el cuarto paso previsto, pues las normas aplicables supletoriamente contrarían el ordenamiento legal a suplir, no son congruentes con sus principios y fundamentos.

Por el contrario, lo hasta aquí expuesto sobre el régimen disciplinario magisterial permite extraer una interpretación más clara de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, por lo menos, en su sentido básico, el cual sería que *“la supletoriedad de la Ley del Servicio Civil sobre otros regímenes especiales procede en aquellos casos que los mismos no cuenten con una regulación ad hoc”*, como es el caso del personal médico, cuya Ley n° 23536, Ley que regula el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud, no regula un procedimiento aplicable. *Contrario sensu* no procede, la aplicación supletoria, en el caso que el régimen especial de carrera cuente con un régimen disciplinario propio. En cualquier otro caso, para aplicar la técnica de la supletoriedad es necesario que la autoridad realice un análisis exhaustivo, según se presenta en el derecho comparado, con la finalidad de evitar la desnaturalización del régimen “a completarse”, como ha ocurrido en el caso del régimen magisterial.

2.6. La Ley del Procedimiento Administrativo General expresamente no es aplicable supletoriamente al régimen disciplinario magisterial

Como se ha señalado, el Tribunal del Servicio Civil también ha determinado que el Texto Único de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG es también aplicable supletoriamente al régimen sancionador disciplinario magisterial, ante la ausencia de plazos de prescripción en este último.

No obstante, el Tribunal del Servicio Civil no ha prestado importancia a que el artículo 247.3 de la LPAG, luego de afirmar su carácter general o totalizante, ya que abarca “a

³¹ Sala Primera del Tribunal Constitucional (2002). Sentencia 80/2002, de 8 de abril de 2002 (Fj. 3.b.). Boletín Oficial del Estado núm. 99 (suplemento), de 25 abril de 2002.

cualquiera de las entidades” en materia sancionadora y estipular su carácter supletorio respecto de “los procedimientos establecidos en leyes especiales”; es bastante claro cuando señala que: “La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia” (subrayado agregado).

Al respecto, MORÓN URBINA hace notar que:

“(...) el numeral 247.3 de [la LPAG] comentado deslinda claramente de la regulación reservada para el procedimiento sancionador al régimen disciplinario sancionador de las entidades sobre su personal. Esta diferenciación tiene sustento doctrinario en las relaciones de sujeción general (...) y las relaciones de sujeción especial (...) En este escenario se explica que exista la normativa particular para regular la disciplina sobre los funcionarios y servidores del Estado, en sus múltiples variedades, sin quedar vinculado por este régimen sancionador externo. Aquellas normas especiales, tenderán a atenuar algunas de las garantías individuales por la prevalencia de la carga de deberes que su estatuto establece y la deslegalización necesaria para que la Administración Pública logre una subordinación de estas personas”³² (subrayado agregado).

Resulta incorrecto que el Tribunal del Servicio Civil considere aplicable la LPAG a un ámbito respecto del cual la norma deslinda claramente, tal y como lo anota precisamente uno de sus autores.

2.7. La aprobación de precedentes de observancia obligatoria deben partir de un caso concreto

La aprobación expresa de precedentes administrativos tiene como objetivo sustancial establecer criterios para resolver futuros casos similares al original, en cumplimiento del principio constitucional de igualdad, brindando seguridad jurídica a los administrados a través de la predictibilidad de sus decisiones.

El Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala expresamente que constituyen precedentes vinculantes:

“Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma”³³ (subrayado agregado).

La mencionada ley, precisa que constituirán fuentes del procedimiento administrativo:

³² Mórón, J. (2019), *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 395-396). Gaceta Jurídica. En el mismo sentido: Danós, J.E. (2010). La preferencia de los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto de las normas especiales sobre la materia. En *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. (pp. 866 - 867). Palestra Editores.

³³ Ídem, Art. VI, inciso 1)

“Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede”³⁴(subrayado agregado).

En el marco de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se advierte que la aprobación de un precedente vinculante tiene como origen un caso concreto y particular, cuya decisión sentará las reglas para resolver casos similares, en ese sentido, Morón Urbina señala:

“Denominamos precedente administrativo a la calidad que adquieren los actos administrativos resolutivos firmes que concluyen asuntos particulares pero contienen interpretaciones o razonamientos jurídicos de proyección general, sobre el sentido de algunas normas administrativas (...)”³⁵

La existencia de un caso concreto para el establecimiento de un precedente vinculante también es un presupuesto necesario a nivel jurisdiccional. De este modo el Tribunal Constitucional ha señalado que:

(...) el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza análoga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla perceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.”³⁶

La “desarticulación” del precedente del caso concreto contraviene el principio de igualdad, pues no permite identificar con precisión las situaciones de hecho a las que en el futuro resultará aplicable.³⁷ Se termina tratando igual lo que no es igual.

Así, por ejemplo, la forma en que se ha dictado el precedente analizado genera la que la misma regla de prescripción se aplique tanto a casos de tardanzas o inasistencias injustificadas, como a casos de violencia física en agravio de estudiantes, los cuales deben ser sancionados con destitución.

³⁴ Ley 27444, Artículo V, inciso 2.8)

³⁵ Morón, J. (2008). *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 94). Gaceta Jurídica.

³⁶ Tribunal Constitucional, sentencia emitida en el expediente n° 024-2003-AI/TC.

³⁷ Díez, S. (2008) *El precedente administrativo: Fundamentos y eficacia vinculante* (pp. 248-261). Marcial Pons.

III. Conclusiones

1. El derecho constitucional a la educación tiene por finalidad el pleno desarrollo de la personalidad humana y el sentido de su dignidad, asimismo debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En este orden de ideas, la escuela debe garantizar un ambiente adecuado que permita hacer efectivos dichos mandatos.

2. Debido al prolongado tiempo de convivencia escolar que comparten los alumnos con los docentes, dichos servidores públicos deben tener un comportamiento ejemplar.

En la institución educativa no deben producirse actos que contravengan las finalidades esenciales del derecho a la educación, los que de presentarse deben ser sancionados, también, ejemplarmente.

3. De este modo, la Ley General de Educación exige al docente idoneidad profesional, probada solvencia moral y salud física y mental que no ponga en riesgo la integridad de los estudiantes.
4. El derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional reconocen al interés superior de niño, y dentro del mismo, al interés superior del estudiante, como derecho, principio y norma de procedimiento que deben guiar la actuación del Estado.

En este sentido, toda situación de riesgo que involucre a estudiantes niños, niñas y adolescentes y que esté sujeta a evaluación de las autoridades administrativas debe ser considerada como intolerable y por lo tanto debe ser erradicada del sistema educativo.

5. La Ley n° 29944, Ley de Reforma Magisterial, no ha previsto plazos de prescripción para el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria que debe ser ejercida contra los docentes. Dicha situación es acorde con los altos fines perseguidos por el derecho a la educación, que requieren que cualquier amenaza a los mismos pueda ser eliminada eficazmente.
6. El modelo de regulación seguido por la Ley de Reforma Magisterial, basado en el antiguo régimen de la carrera administrativa del Estado, ha sido validado en diversas oportunidades por el Tribunal Constitucional, el cual ha puesto énfasis en la necesidad de no incurrir en formalismos extremos que puedan generar impunidad de las inconductas funcionales de los diversos servidores públicos.
7. En este sentido, no se puede considerar que la Ley del Servicio Civil es aplicable supletoriamente a la Ley de Reforma Magisterial, en materia de plazos de prescripción de la potestad sancionadora disciplinaria, al ser ésta última una ley de carácter especial.

8. La Ley del Procedimiento Administrativo General tampoco es aplicable supletoriamente a la Ley de Reforma Magisterial, debido a que la primera, expresamente, no rige la potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades públicas, la cual se sustancia en base a la normativa especial de la materia.
9. Por lo expuesto, se puede concluir que ante el aparente silencio de la Ley de Reforma Magisterial, en materia de plazos de prescripción de la potestad disciplinaria que debe ser ejercida contra los docentes, el Tribunal del Servicio Civil inaplicó el interés superior del niño, al decidir el establecimiento del precedente vinculante contenido en la Resolución de Sala Plena n° 003-2019SERVIR/TSC.
10. Esta inobservancia impidió al Tribunal del Servicio Civil advertir que la regulación legislativa del sector educativo y magisterial persigue fines específicos, vulnerando el referido marco normativo emitido al amparo del artículo 103 de la Constitución Política.
11. La emisión de un precedente administrativo fuera del marco de un caso concreto, limita la capacidad de discernimiento o diferenciación de las autoridades administrativas de “primera instancia”, respecto de aquellos casos en que no resulten aplicables.
12. Lo anterior no obsta a que para el ejercicio de la potestad disciplinaria se deban contemplar plazos para la ejecución de acciones concretas, pues en ningún supuesto la inacción o la dilación indebida por parte de las autoridades administrativas de las Instancias de Gestión Educativa Descentralizada es admisible, ya que la idoneidad del servicio que se busca garantizar tiene por destinatarios inmediatos a niñas, niños y adolescentes.

IV. Recomendaciones

Al Tribunal del Servicio Civil (SERVIR)

- Evaluar la modificación, sustitución o eliminación del precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución de la Sala Plena n° 003-2019SERVIR/TSC.

Lima, 12 de julio de 2022



Eugenia Fernán-Zegarra
Defensora Adjunta para la Administración Estatal (e)
Defensoría del Pueblo