

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Título del Trabajo Académico

“La medida provisional de suspensión en el procedimiento administrativo disciplinario judicial”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTOR:

Breyner Ramiro Torres Infante

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povich

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20133111

AÑO

2019

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito hacer un análisis crítico de la medida provisional de suspensión en el cargo o función se viene aplicando en el procedimiento administrativo disciplinario del Poder Judicial, cuyo desarrollo normativo no resulta acorde con la doctrina del derecho administrativo y disciplinario.

Frente a este problema se propone desarrollar un marco conceptual doctrinario desde el derecho administrativo y disciplinario, para llegar a la institución de la medida provisional de suspensión que permita analizar con mayor amplitud y seriedad académica cuales son los supuestos habilitantes para su aplicación, características y efectos que se deben tener en cuenta en el procedimiento administrativo disciplinario, de manera tal que este bagaje de conceptos sirvan para que los operadores del derecho respeten los derechos de los sujetos disciplinados tanto en los aspectos materiales y formales al ejercer la potestad sancionadora, como a la presunción de inocencia, al libre ejercicio de la profesión, y la percepción de remuneración. Asimismo, se hace una comparación con la legislación Colombiana sobre el tratamiento de este tema, en el que se garantizan en mayor medida el derecho a la presunción de inocencia y a la percepción de la remuneración del sujeto disciplinado.

La investigación estuvo enfocada en dos etapas, *la primera* en analizar el mayor contenido bibliográfico nacional y extranjero sobre el tema propuesto desde el derecho administrativo, y *el segundo*, conjugar como los operadores jurídicos deben aplicar estos conceptos.

Finalmente, de esta investigación se puede advertir que la institución de la medida provisional de suspensión, siempre tuvo en cuenta que uso debe ser racional y excepcional para los fines propuesto, respetando los derechos fundamentales como el de la presunción de inocencia, y el de dignidad del funcionario o disciplinado.

ÍNDICE:

Introducción	4
1.- La medida provisional en el procedimiento administrativo sancionador.	7
1.1.- Antecedentes	7
1.2.- Concepto de las medidas provisionales.	7
1.3.- Oportunidad para el dictado de las medidas provisionales.	9
1.4.- Tipos de medidas provisionales.	10
1.5.- Presupuestos de las medidas provisionales.	10
1.6.- Características de las medidas provisionales.	11
1.7.- Ejecución y efectos de las medidas provisionales.	12
1.8.- Caducidad de las medidas provisionales.	13
1.9.- Renovación de la medida provisional.	14
2.- La medida provisional de suspensión frente al derecho a la presunción de inocencia, a la libertad del ejercicio de la profesión, y al debido procedimiento administrativo.	15
3.- La experiencia colombiana respecto a la medida provisional de suspensión.	16
3.1.- La regulación en el Código Único Disciplinario Código General Disciplinario – Ley 1952 del 2019.	16
3.2.- La Jurisprudencia del Colombiana en cuanto al tratamiento y al alcance de las medidas provisionales de suspensión.	17
4.- Análisis de la Resolución Nro. 32, dictada en la Investigación Nro. 155-2014-JUNIN-OCMA Jefatura Suprema, en función a la litigiosidad de las medidas provisionales.	19
5.- Conclusiones.	22
6.- Bibliografía	23

Este trabajo está dedicado a los administrados y/ sujetos disciplinados que se enfrentan a una autoridad administrativa judicial, arbitraria que desconoce los principios e instituciones básicas del derecho administrativo sancionador y/o disciplinario.

“La medida provisional de suspensión en el procedimiento administrativo disciplinario judicial”.

Introducción:

El presente trabajo tiene como propósito hacer un análisis crítico de la forma cómo la medida provisional de suspensión en el cargo o función se viene aplicando en el procedimiento administrativo disciplinario del Poder Judicial – en adelante PAD del PJ – respecto de magistrados y personal jurisdiccional.

En el PAD del PJ, regulado por el Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial – aprobado por Resolución Administrativa Nro. 243-2015-CE-PJ¹, y en la Ley de la Carrera Judicial – Ley 29277², en cuanto a la definición y contenido de la medida provisional

¹ Artículo 43.- Naturaleza de la Medida Cautelar.

La suspensión preventiva en el ejercicio de la función judicial es de naturaleza cautelar y de carácter excepcional, constituyendo un pre-juzgamiento, provisorio, instrumental y variable. Tiene por finalidad asegurar la eficacia de la resolución final, así como garantizar la correcta prestación del servicio de justicia.

Se dicta mediante resolución debidamente motivada cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Existan fundados y suficientes elementos de convicción sobre la responsabilidad disciplinaria por la comisión de un hecho que haga previsible la imposición de la medida disciplinaria de destitución, sea por la gravedad de los hechos, su carácter público y notorio o por la flagrancia en la comisión de la infracción y,
- 2.- Resulte indispensable para garantizar el normal desarrollo de la causa o la eficacia de la resolución que pudiera recaer, o para impedir la obstaculización de la misma, o evitar la continuación o repetición de los hechos objeto de averiguación u otros de similar significación o el mantenimiento de los daños que aquellos hayan ocasionado a la administración de justicia, o para mitigarlos.

Esta medida no constituye sanción y podrá decidirse en la resolución que ordena abrir procedimiento disciplinario.

Artículo 45.- Caducidad de la medida cautelar

La medida cautelar caduca automáticamente cuando:

- 1.- Se emita resolución que ponga fin definitivamente al procedimiento sancionador.
- 2.- La sanción impuesta sea amonestación, multa o suspensión.
- 3.- A los seis meses de consentida o ejecutoriada la decisión, la cual puede prorrogarse por una vez y por un plazo no mayor al previsto anteriormente, cuando concurren circunstancias que importen especial dificultad o prolongación de la causa. En cualquier caso la medida se proroga automáticamente al ser elevados los autos al Consejo Nacional de la Magistratura.

² Artículo 60, tercer párrafo

de suspensión se han incluido definiciones y efectos, que no resultarían acorde con la doctrina del derecho administrativo sobre el acto administrativo y sus características, pues en el artículo 43 del reglamento, a estas se las ha llamado “medidas cautelares”, y se ha previsto que consiste en lo siguiente: *«La suspensión preventiva en el ejercicio de la función judicial es de naturaleza cautelar y de carácter excepcional, constituyendo un pre-juzgamiento, provisorio, instrumental y variable. Tiene por finalidad asegurar la eficacia de la resolución final, así como garantizar la correcta prestación del servicio de justicia»*, de ese contenido se observa que la definición de medidas cautelares resulta más próxima al derecho procesal, pero no necesariamente al derecho administrativo.

Asimismo, en cuanto a lo referido a la caducidad de la medida, en el artículo 45 del reglamento, se ha previsto que esta opera en los siguientes supuestos: *«la medida cautelar caduca a los 6 meses de **consentida** o **ejecutoriada** la decisión»*, sin embargo, no se ha tenido en cuenta que los actos administrativos tienen la característica del privilegio de legalidad y ejecutividad, salvo que la ley exprese lo contrario, por lo que, no parecería correcto sostener que la decisión recién surtirá efecto cuando adquiera la calidad de consentida o ejecutoriada.

Además, así como está la reglamentación de las medidas provisionales de suspensión podría suponer la transgresión del derecho a la presunción de inocencia, y al libre ejercicio de la profesión, pues no se precisa cuáles son los efectos respecto al pago de la remuneración del disciplinado, debido a que de un lado, la suspensión podría comprender el cese del pago total de sus haberes hasta que se declare la caducidad o hasta que se emita el pronunciamiento sobre la conducta infractora imputada, o de otro lado, podría significar solo un cese parcial de las remuneraciones, tampoco, se precisa si el sujeto disciplinado podrá o no seguir realizando la actividad profesional – abogado – que le vincula con el Estado – Poder Judicial.

La medida de suspensión preventiva del cargo caduca a los seis (6) meses de consentida o ejecutoriada la decisión. Mediante resolución especialmente motivada puede prorrogarse por una sola vez y por un plazo no mayor al previsto anteriormente, cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la causa. Culminado el procedimiento disciplinario a nivel del órgano de control del Poder Judicial, la medida se proroga automáticamente en tanto el Consejo Nacional de la Magistratura resuelva definitivamente el procedimiento.

A su vez, tanto en lo previsto en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario del Poder Judicial como en la Ley de la Carrera Judicial – Ley 29277, se observa que esas disposiciones vulnerarían el derecho al debido procedimiento administrativo, cuando se precisa que *«puede prorrogarse por una vez y por un plazo no mayor al previsto anteriormente, cuando concurran circunstancias que importen especial dificultad o prolongación de la causa. En cualquier caso la medida se prorroga automáticamente al ser elevados los autos al Consejo Nacional de la Magistratura»*, lo cual establece un régimen atemporal para la medida provisional de suspensión, y en los hechos podría suponer una sanción anticipada.

Son estas apreciaciones al actual régimen del procedimiento administrativo disciplinario que se siguen a los magistrados del Poder Judicial y a los auxiliares jurisdiccionales que motivan la presente investigación, y desde el derecho administrativo disciplinario se analizará su corrección.

Asimismo se apreciara como la administración pública en el ejercicio de la potestad disciplinaria y el uso de la medida de suspensión provisional debería respetar los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la libertad del ejercicio profesional, y el debido procedimiento administrativo.

Finalmente, se evaluará la regulación y práctica colombiana respecto de la medida de suspensión provisional previsto en el Código General Disciplinario – Ley 1952 del 2019.

1.- La medida provisional en el procedimiento administrativo sancionador.

1.1.- Antecedentes.

Existen trabajos que han abordado este tema desde la perspectiva del procedimiento administrativo sancionador en general y/o desde el derecho procesal; sin embargo, esto no parece ser lo más adecuado, pues en estos supuestos se exige como presupuestos que el sujeto de derecho acredite la verosimilitud del derecho reclamado, y exista el peligro en la demora en la tramitación del proceso, que haga irreparable la pretensión en resguardo del interés general³.

Es poca la literatura que se ha encargado de estudiar las medidas provisionales las que tienen un fundamento y efectos propios, distinto a otras medidas de aseguramiento dictadas por la Administración en su actividad de policía, las primeras tienen como finalidad asegurar la eficacia de la ejecución de la resolución final y atender a un interés general amenazado.

Asimismo, la Administración para dictar las medidas provisionales debe respetar una serie básica de garantías y derechos a los administrados, como son el de presunción de inocencia, debido proceso en sus manifestaciones de motivación, de ser juzgado en plazo razonable, e interdicción de la arbitrariedad, por lo cual las medidas provisionales limitativas de derecho deben ser adoptadas de forma excepcional y temporal.

1.2.- Concepto de las medidas provisionales.

De acuerdo con Rafael Nevado Pizarro⁴ y lo previsto en el artículo 236⁵ de Ley de Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG-, y en el artículo 254⁶

³ Manuel Revollo Puig, La Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo Sancionador. En La Protección Jurídica del Ciudadano – Estudios en Homenaje al Profesor Jesús Gonzales Pérez. Editorial Civitas Tomo I, pagina 663.

⁴ Rafael Nevado Pizarro. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo: una aproximación conceptual. En Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima 2007, pag. 163 al 183.

⁵ Artículo 236.- Medidas de carácter provisional

236.1 La autoridad que instruye el procedimiento podrá disponer la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el Artículo 146 de esta Ley.

⁶ Artículo 254.- Medidas de carácter provisional

del Texto Único Ordenado, se debe considerar que las medidas provisionales son actos administrativos, por cuanto, son declaraciones de voluntad de una Administración Pública por las que se acuerda la adopción de determinadas medidas con un fin determinado, esto es, «asegurar la eficacia de la resolución final» que pudiera recaer en el procedimiento. Asimismo, se tiene que esta medida no constituye una sanción administrativa, sino una medida provisional cuya finalidad es impedir que continúe una actividad ilícita detectada⁷.

Además, las medidas provisionales tienen por objeto (i) asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el procedimiento administrativo disciplinario, (ii) la protección provisional de los intereses implicados, (iii) la protección de los derechos de los interesados, o (iv) la efectividad de la resolución final, para lo cual deben existir elementos de juicio – directos o indirectos (indicios) – suficientes, que demuestren que la efectividad de la resolución final, o de los intereses o derechos tutelados, resultasen amenazados durante la tramitación del procedimiento⁸.

Si bien existen autores que consideran que estas medidas se pueden presentar en una multiplicidad de formas o contenidos, tales como la suspensión de obras, permisos, licencias, concesiones, de funcionarios y servidores públicos, cesación de actos denunciados, derechos antidumping provisionales, retención de productos o bienes, inmovilización e internamiento de vehículos, incautación de documentos o decomiso de bienes, o el propio medio impugnatorio que puede suspender los efectos de la resolución o acto administrativo impugnado, entre otros⁹; sin embargo, no estamos de acuerdo con esa posición, debido a que estas tienen una finalidad distinta, y proceden cuando se cumplen los presupuestos establecidos de forma previa en la ley y que atienden a razones de seguridad o de aseguramiento de las pruebas en un procedimiento sancionador, sin necesidad que se dicte un acto

254.1. La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el artículo 155.

⁷ Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Gaceta Jurídica 2009 y 2015, pag. 809 y ss.

⁸ Belén Marina Jalvo. Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. R.V.A.P. número 109-1. Septiembre – diciembre 2017, pag. 163.

⁹ Juan Carlos Morón Urbina, op. cit. pag. 809.

administrativo, pero la finalidad no es «suplir interinamente la falta de resolución», cuya ejecución se pretende ejecutar.

En este sentido, se debe precisar que las medidas provisionales tienen como función asegurar la eficacia de la sanción que pudiera imponerse, y su provisionalidad hace referencia a la función de suplir interinamente la falta de una resolución que aún no se ha producido¹⁰.

En el procedimiento administrativo disciplinario, es más adecuado utilizar la denominación medidas provisionales o de carácter provisional, las que son dictadas para asegurar la eficacia de la resolución final, para evitar el mantenimiento de los efectos de una infracción, y proteger el interés general perturbado por la infracción, debido a que el lapso de tiempo que tome el transitar por el procedimiento puede producir daños generales al interés general o al patrimonio del Estado.

1.3.- De la oportunidad para dictar las medidas provisionales.

Las medidas provisionales son dictadas de manera unilateral y discrecional por la autoridad instructora del procedimiento administrativo sancionador y/o disciplinario al inicio o en el transcurso del mismo, cuyo objeto es asegurar la eficacia de una futura y posterior resolución o para evitar la reiteración o mantenimiento de una conducta dañina al interés general.

Asimismo, por ley y o reglamento se debe establecer de forma previa la potestad del órgano administrativo para poder dictar la medida provisional, de modo tal, que la administración sin contar de forma previa con esa atribución no podría dictar una medida provisional.

En el artículo 254 del TUO de la LPAG, en igual sentido que la doctrina mayoritaria, señala que la autoridad administrativa que tramita el procedimiento puede dictar la medida provisional en cualquier momento con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final.

¹⁰ Manuel Gómez Tomillo – Iñigo Sanz Rubiales. Derecho Administrativo Sancionador Parte General. 3ra Edición. Thomson Reuters Aranzandi, pag. 709 al 710.

1.4.- Tipos de medidas provisionales.

En la doctrina ni en la Ley existe un catálogo cerrado de los tipos de medidas provisionales, solo se señala que es necesario que por ley y o reglamento se otorgue potestad a la autoridad administrativa para que pueda dictarlas en tanto sirva para asegurar la resolución final, o evitar mayores daños al interés general.

En efecto, en el artículo 254 del TUO de la LPAG, no se han tipificado un catálogo de números clausus de medidas provisionales, pues dada la diversidad de procedimientos y de posibles resoluciones a las que las medidas provisionales puedan servir, solo se ha considerado un marco general de garantías y requisitos para su adopción, y si bien, se señala que cuando la autoridad advierta que se ha producido un cambio en la situación inicial, fáctica y probatoria que sirvió para dictar la medida, esta puede cambiarla o modificarla; sin embargo, no debe perder la perspectiva que su finalidad es asegurar la resolución final y proteger el interés general.

1.5.- Presupuestos de las medidas provisionales.

Se puede considerar que las medidas provisionales tienen como presupuesto la apariencia de fundamento en la pretensión sancionadora, la adecuación y el peligro en la demora, y la proporcionalidad.

El **primer presupuesto**, está orientado a que la autoridad administrativa motive la existencia de suficientes elementos probatorios – directos o indirectos por intermedio de indicios – del carácter ilegal de la conducta del administrado que se pretende alterar o afectar con la medida provisional. Se debe justificar la existencia de un peligro para la eficacia de la resolución o para la preservación de bienes jurídicos protegidos. Las medidas provisionales no requieren la plena probanza y acreditación de los hechos ilícitos, sino la probabilidad de los mismos basados en datos concretos¹¹.

¹¹ Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M.a Bueno Armijo. Derecho administrativo Sancionador. Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Lex Nova. 2010. pag. 529.

En cuanto, al **segundo presupuesto**, la medida provisional adoptada debe servir para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, y la existencia de un peligro derivado del transcurso del tiempo necesario para la terminación del procedimiento. La medida debe ser oportuna y servir para evitar mayores daños al interés general si se espera que llegue la resolución final.

Respecto al **tercer presupuesto**, se debe respetar la debida proporcionalidad entre los medios – medidas – a emplear y los fines públicos que se pretende tutelar, a fin de responder a los estrictamente necesarios para la satisfacción de su contenido. Se tiene que analizar la posible gravedad de la sanción que pudiera recaer y el peligro de que, por la causa que sea, pudiera resultar imposible su ejecución final. A estos efectos se debe observar con cuidado el plazo de duración de la medida, pues si es excesivo, puede llegar a constituir una sanción de plano¹².

1.6.- Características de las medidas provisionales.

Instrumentalidad.-

La medida provisional como mecanismo procedimental está en función de los fines del procedimiento sancionador. Estas medidas no son autónomas, sino dependen de la existencia un procedimiento principal; además, sirven para asegurar la realización de los fines del procedimiento; y finalmente el resultado del procedimiento condiciona su existencia.

De la literatura analizada no se ha aprecia la posibilidad del dictado de la medida provisional de suspensión contra un administrado antes de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, su previsión resultaría interesante y eficaz en supuestos manifiestos de la ocurrencia de un comportamiento por parte del investigado de conductas típicas administrativas, que servirían tanto para asegurar que no se entorpesca la actividad de investigación como la resolución final que sancione al administrado.

Provisionalidad.-

Las medidas provisionales no son definitivas tienen un término de tiempo en el cual

¹² Manuel Rebollo Puig, (...) op. cit. pag. 535.

deben ser aplicadas, las cuales solo pueden ser prorrogadas cuando la ley así lo establezca, y en el mejor de los casos por un plazo igual al previamente dictado.

Asimismo, estas desaparecen y pierden su eficacia cuando falten o varíen los presupuestos que originaron su adopción y cuando concluya el procedimiento administrativo principal.

En cuanto, a los supuestos en los que se puede prorrogar su vigencia, se debería tener cuidado en su dictado, porque de un lado implicaría que el órgano instructor no ha previsto una medida de tiempo necesaria para investigar la infracción de tal manera que tendría que ampliarla o prorrogarla, y de otro lado, resultaría atentatorio al derecho al plazo razonable del administrado para soportar la suspensión en el ejercicio de sus funciones, por la falta de capacidad y eficiencia en utilizar el tiempo de la suspensión para asegurar y producir los medios de prueba necesarios para llegar a la verdad material de los hechos.

Urgencia.-

Las medidas provisionales deben adoptarse de forma urgente o inmediata, porque los sujetos vinculados al procedimiento administrativo sancionador que han incumplido u omitido las normas de orden público, o sus deberes funcionales, pueden producir daños y/o perjuicios irremediables al interés general. Estas medidas deben ser adoptadas siempre por una urgencia inaplazable.

1.7. Ejecución y efectos de las medidas provisionales.

Las medidas disciplinarias al ser dictadas por la autoridad administrativa, y tener la características de un acto administrativo, gozan del privilegio general de la autotutela ejecutiva de la administración, que impone que estos actos sean inmediatamente ejecutivos, y produzcan sus efectos desde la fecha en que se notifiquen; por lo que, cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado¹³, y por tanto, tendrá efectos inmediatamente notificado al administrado.

¹³ Pilar Teso Gamella. Medidas Cautelares y Derecho Sancionador. En Actualidad Administrativa. Vol 2. 2000. pag. 68.

De otro lado, en la doctrina no se tiene referencia de que otros efectos se pueden presentar estas medidas provisionales, es particular respecto a las dictadas en el procedimiento administrativo sancionador disciplinario, cuya medida es la de suspensión en el cargo, pues pueda que se le dejé de pagar sus haberes en tanto dura la medida provisional, lo cual en principio, resultaría ilegal, cuando no tenga provisión legal, y si lo tiene podría ingresar a un segundo plano de inconstitucional.

1.8.- Caducidad de las medidas provisionales.

En principio el dictado de cualquier medida provisional obliga a la autoridad administrativa que instruye el procedimiento administrativo señale la duración de la medida, pues toda medida al ser provisional lleva de suyo propio una duración limitada que debe ser fijada por ley, o en su defecto, al analizar la proporcionalidad de la medida a imponer.

De lo contrario, aun cuando la razones expuestas por la Administración al dictar la medida, dada la gravedad de los hechos imputados e investigados, justificarían la falta de limitación temporal, se transgrediría el derecho de presunción de inocencia del administrado y/o disciplinado, y podría llegar constituir una sanción misma en los hechos, todo lo cual resulta contrario con los principios orientadores del procedimiento sancionador y condiciones mínimas de seguridad para el administrado¹⁴.

En el artículo 254, numeral 254.8 del TUO de la LPAG, siguiendo los principios del procedimiento sancionador a previstos que las medidas provisionales tienen una duración determinada que no puede durar más que el procedimiento administrativo sancionador. Así se tiene que estas se extinguen por las siguientes causas: 1. Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. 2. Por la caducidad del procedimiento sancionador.

¹⁴ Juan Francisco Rojas Leo. ¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444. Ara Editores. 2001. pag. 161 al 168.

1.9.- Renovación de la medida provisional.

En cuanto a la posible renovación de la medida provisional no existe referencia documental de su posibilidad; ciertamente, y en línea de los principios que garantizan el procedimiento administrativo sancionador como son de legalidad, debido procedimiento, prohibición de la arbitrariedad, no cabría la posibilidad de dictar o renovar una medida provisional si la primigenia ya habría caducado, pues la autoridad administrativa habría perdido esa potestad, debido a que por su ineficiencia no habría concluido con el procedimiento y con la resolución de fondo; además, si no hay previsión legal sería imposible su concesión.

2.- La medida provisional de suspensión frente al derecho a la presunción de inocencia, al libre ejercicio de la profesión, y al debido procedimiento administrativo.

Las medidas provisionales afectan el derecho a la presunción de inocencia; sin embargo, también es cierto que ningún derecho es absoluto y se acepta que este puede ser restringido ante determinadas situaciones como en el campo penal ante el peligro de fuga del imputado o el entorpecimiento de la investigación.

No obstante, aun cuando sea legal que la administración pueda suspender al administrado en el ejercicio de sus labores o funciones, esta debe ser dictada de forma excepcional, cuando concurren indicios suficientes de la comisión de una conducta ilícita administrativa, y el peligro del entorpecimiento de la actividad de investigación en sede administrativa; de lo contrario su dictado lindara con una decisión arbitraria frente a un derecho constitucional.

Asimismo, esta medida no debería afectar otro derecho constitucional, como sería el ejercicio de la profesión, por cuanto, se tiene que la suspensión de la labor o función del cargo que realiza en una entidad pública, se da con el objeto de asegurar la resolución final o que no se vea entorpecida o afectada la actividad de investigación; por lo que, al suspenderse esa actividad, el administrado podría realizar la actividad profesional que ostenta, y cuando la suspensión se deje sin efecto o caduque podría retomar su actividad dentro de la entidad pública.

3.- La experiencia colombiana respecto a la medida provisional de suspensión.

3.1.- La regulación en el Código General Disciplinario – Ley 1952 del 2019.

El Código General Disciplinario de Colombia establece disposiciones normativas más garantistas que buscan proteger en mejor medida los derechos de los investigados, quienes son un cuerpo de funcionarios públicos más variados – estos pueden ser servidores público o particulares que ejercieran funciones de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia -.

En este cuerpo normativo se estableciendo un catálogo de **principios**, dentro de los que destacan el **(i) principio de dignidad humana**, esto es, “quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad humana”; y **(ii) el principio de presunción de inocencia** que informa que el sujeto disciplinado se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado; así mismo se establecen reglas unificadas, claras y previsibles, en busca de maximizar las garantías y derechos de quien debía ser investigado.

En esta línea de principios y en armonía con la orientación que dan ellos, en el artículo 217¹⁵ y 218¹⁶ del Código, se prevé la suspensión provisional del disciplinado y otras

¹⁵ **Suspensión provisional y otras medidas.**

Artículo 217. Suspensión provisional. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, **sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.**

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia. El auto que decreta la suspensión provisional y las decisiones de prórroga serán objeto de consulta, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento. Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

(...)

¹⁶ **Artículo 218. Reintegro del suspendido.** Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será

medidas, en la que existe la posibilidad de dictar la medida de suspensión provisional sin goce de remuneraciones, pero solo en casos excepcionales en los que los elementos probatorios den cuenta que el servidor afectará la investigación o seguirá cometiendo nuevas infracciones.

La regla general es que se dé la suspensión provisional del disciplinado pero con goce de remuneraciones, y en casos, excepcionales se disponga lo contrario; sin embargo, si al término del procedimiento se archiva la investigación o se absuelve de los cargos al disciplinado, se procede reintegrarle las remuneraciones dejadas de percibir.

Estas reglas observan y respetan de forma más efectiva el derecho a la presunción de inocencia del disciplinado, porque en principio, en tanto no exista una decisión que lo declare responsable no se le privara de sus derechos como servidor público, y en caso se procede a la suspensión de haberes está prevista la regla jurídica que se le reintegrará lo dejado de percibir.

3.2.- La Jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en cuanto al tratamiento y al alcance de las medidas provisionales de suspensión.

El Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria -, en la sentencia Nro. 2011-02579, del 18 de octubre de 2011, en cuanto a la medida provisional de suspensión considera, que esta “no se opone al reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia, en tanto que esta permanece incólume y sólo se destruye en el momento en que se profiere una decisión de fondo y se determina que el implicado es responsable disciplinariamente y la misma tiene como objeto asegurar que el proceso disciplinario pueda desarrollarse normalmente para evitar intromisiones por parte del implicado en el curso de la investigación”, la que procede cuando se está ante una – presunta – falta que sea susceptible de

reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio. o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de o única En este caso, no obstante la suspensión del de la remuneración, subsistirá a cargo de entidad, la obligación hacer los aportes a la seguridad social y los parafiscales respectivos.

investigarse como gravísima o grave.

Es decir, para el Consejo Superior de la Judicatura, el dictado de la suspensión provisional no afecta el derecho de presunción de inocencia, y de otro lado, que su dictado debe obedecer a circunstancias fácticas que califiquen a la presunta falta como un hecho de gravedad, de lo contrario se podría considerar reñida con este principio.

Asimismo, el Consejo hace referencia sobre los efectos de la remuneración del suspendido, indicando que la norma – Código Único Disciplinario establece que cuando el funcionario que adelanta la investigación o juicio, impone la medida provisional, el servidor suspendido queda “sin derecho a remuneración alguna”; lo cual es un efecto económico de la medida que ha sido impuesta por el legislador, y que resulta estimable ante casos graves, y que esta decisión podría ser revertida si es que el disciplinado obtiene una resolución favorable o la investigación se archiva.

4.- Análisis de la Resolución Nro. 32, dictada en la Investigación Nro. 155-2014-JUNIN-OCMA Jefatura Suprema, en función a la litigiosidad de las medidas provisionales.

En este caso a la Magistrada investigada se le instauró procedimiento administrativo disciplinario por la presunta comisión de hechos que calificarían como conducta disfuncional, al inobservar los principios inherentes - debido proceso y motivación de resoluciones judiciales e interferencia en la independencia jurisdiccional consagrados en el artículo 139 incisos 2), 3) y 5) de la Constitución, infringiendo su deber previsto en el artículo 34 inciso 1) de la Ley de la Carrera Judicial-Ley Nro. 29277 que establece que son deberes de los jueces “impartir justicia con independencia y respeto al debido proceso”; lo que constituye falta muy grave prevista en el artículo 48 inciso 13) de dicha ley, como es el no motivar las resoluciones judiciales e inobservar inexcusablemente el cumplimiento de sus deberes.

La Oficina de Control de la Magistratura – OCMA, mediante la resolución cuestionada, concluyó en la siguiente decisión: de **(1) PROPONER** al Consejo Nacional de la Magistratura, imponga la sanción disciplinaria de **DESTITUCIÓN a la magistrada**, en su actuación como Juez Supernumeraria del Segundo Juzgado Penal de La Merced - Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, por los cargos atribuidos en su contra; y **(2) DISPONER [nueva] MEDIDA CAUTELAR de SUSPENSIÓN PREVENTIVA** en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial a la magistrada, hasta que se resuelva en definitiva su situación jurídica ante la instancia correspondiente.

En cuanto al extremo del dictado de la nueva medida cautelar de suspensión preventiva, la Oficina de Control de la Magistratura – OCMA consideró que al haber establecido que la investigada incurrió en una muy grave irregularidad, entonces, le corresponde la sanción de destitución, por lo que, dispone dictar una nueva medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones al haber caducado la primigenia medida impuesta.

Al respecto, se tiene que la Magistrada investigada en el proceso de amparo Nro. 00618-2015-0-1501-JR-CI-01, obtuvo **la sentencia judicial del 12 de enero de 2017**, que declaró fundada la demanda dirigida contra la Jefa de la Oficina de Control de la Magistratura – Lima y el Jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura – Junín, y ordenó la reincorporación de la demandante como Jueza Supernumeraria en lo Penal de la Merced o como Secretaria Judicial Adscrito al Segundo Juzgado Penal de Huancayo al **«haber caducado la medida cautelar de suspensión preventiva del cargo dictado mediante Resolución Nro. 03, del 11 de julio de 2014, aclarada mediante Resolución Nro. 04, del 16 de julio de 2014, ejecutada el 16 de julio de 2014, y se deje sin efecto la Resolución Nro. 03, aclarada mediante Resolución Nro. 04, solo en el extremo que dispone la medida cautelar de suspensión preventiva en el cargo ejecutada con fecha 16 de julio de 2014 por haber operado la caducidad de la misma»**.

En ese sentido, si bien es cierto la Oficina de Control de la Magistratura – OCMA de acuerdo a sus competencias determinó que estaba acreditada la conducta funcional grave imputada a la Magistrada investigada, que ameritaría la sanción de destitución; sin embargo, en cuanto a la medida cautelar de suspensión preventiva, llámese medida provisional de suspensión, debió tener en cuenta que en el artículo 60 párrafo tercero¹⁷ de la Ley 29277 – Ley de la Carrera Judicial, y en el artículo 45¹⁸ de la R.A. Nro. 243-2015-CE-PJ, Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la OCMA, legalmente establece que solo por una vez se puede prorrogar la misma, sin que haya previsión legal que en el mismo procedimiento se puede dictar una nueva medida ante la caducidad de la primera.

¹⁷ La medida de suspensión preventiva del cargo caduca a los seis (6) meses de consentida o ejecutoriada la decisión. Mediante resolución especialmente motivada puede prorrogarse por una sola vez y por un plazo no mayor al previsto anteriormente, cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la causa. Culminado el procedimiento disciplinario a nivel del órgano de control del Poder Judicial, la medida se proroga automáticamente en tanto el Consejo Nacional de la Magistratura resuelva definitivamente el procedimiento.

¹⁸ La medida cautelar caduca cuando:

- 1.- Se emita resolución que ponga fin definitivamente al procedimiento sancionador.
- 2.- La sanción impuesta sea amonestación, multa o suspensión.
- 3.- A los seis meses de consentida o ejecutoriada la decisión, la cual puede prorrogarse por una vez y por un plazo no mayor al previsto anteriormente, cuando concurran circunstancias que importen especial dificultad o prolongación de la causa. En cualquier caso la medida se proroga automáticamente al ser elevados los autos al Consejo Nacional de la Magistratura.

En este sentido, el órgano sancionador debió tener en cuenta el principio de legalidad, que informa que las medidas provisionales solo pueden ser dictadas en la forma en que la ley y los reglamentos lo prevean, de lo contrario resultarían ilegales, las que son instrumentales y temporales.

Asimismo, en esta clase de medidas se debe observar que la suspensión provisional debe afectar en gran medida o demasía el principio de presunción de inocencia del disciplinado, pues el periodo de suspensión no puede importar en sí misma una sanción anticipada, pues la duración prolongada puede convertirse ya en situación de castigo; y dentro de esta además se debe evaluar que su dictado pueda ser reversible y que no cause daños que puedan tornarse irreparables.

En este contexto, se aprecia que la Administración - Poder Judicial – está actuando al margen de los principios del Derecho Administrativo Sancionador y disciplinario, sin proceder de acuerdo con las instituciones y conceptos de estas ramas del derecho, lo cual genera inseguridad jurídica, porque de un lado se transgrede groseramente los derechos de los administrados en un procedimiento sancionador y/ disciplinario, los que en los Tribunales de tutela de derechos pueden obtener sentencias favorables, haciendo ineficiente el sistema de responsabilidad administrativa disciplinaria, pues a la larga la ilegalidad de la actuación de la administración a través de su procedimiento irregular, se obtendrá la nulidad de las mismas, y se dará una apariencia de impunidad de los sujetos que actúen al margen de la ley y no cumplan sus deberes funcionales.

5.- Conclusiones. –

La autoridad administrativa en los procedimientos administrativos sancionadores, para dictar cualquier medida provisional debe respetar los principios básicos del derecho administrativo sancionador y/o disciplinario, como son el de presunción de inocencia, legalidad, debido procedimiento, y la prohibición de la arbitrariedad, a efectos de establecer garantías mínimas a favor de los administrados y que no se afecten otros derechos fundamentales mas que el sometimiento a un procedimiento sancionador; así como que las decisiones administrativas de disciplina funcional sean eficientes y efectivas, en procura de salvaguardar el interés general para garantizar la buena marcha y el servicio especial de justicia.

Asimismo, la administración debe respetar que el dictado de las medidas provisionales debe ser excepcional, motivada y en principio no debería afectar las remuneraciones del disciplinado a funcionario.

Finalmente, las medidas provisionales de suspensión deben ser dictadas por un periodo de tiempo necesario para realizar la investigación, o evitar la afectación al correcto funcionamiento de las actividades administrativas de la entidad. Sin que sea correcto disponer de estas medidas por periodos prolongados, para suplir las deficiencias de los órgano instructor o sancionador que no pudieron concluir los procedimientos disciplinarios en los plazos previstos cuando menos en las normas comunes.

La administración pública tiene que ser garante del respeto del principio de legalidad y del uso racional de las medidas disciplinarias, cuidando siempre que por intermedio de ese instrumento no se afecte innecesariamente los derechos fundamentales como el de la presunción de inocencia, y el de dignidad del funcionario o disciplinado.

6.- Bibliografía

- 1.- Belén Marina Jalvo. Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. R.V.A.P. número 109-1. Septiembre – diciembre 2017.
- 2.- Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Las medidas cautelares en el Procedimiento administrativo Peruano. Una mirada crítica a lo realizado y un adelanto sobre aquello que debería hacerse al respecto. En Revista de Circulo de Derecho Administrativo.
- 3.- Hugo Gómez Apac, Milagros Granados Mandujano. Teoría General de las medidas cautelares en los procedimientos administrativos. En Pracetum 2. Indecopi. 2015.
- 4.- Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Gaceta Jurídica 2009 y 2015.
- 5.- José Antonio Tardío Pato. Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo.
- 6.- Jesús González Pérez. Manual del Procedimiento Administrativo. Civitas año 2000.
- 7.- Juan Francisco Rojas Leo. ¿Hemos encontrado el rumbo del nuevo derecho administrativo en el Perú? En Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444. Ara Editores. 2001.
- 8.- Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M.a Bueno Armijo. Derecho administrativo Sancionador. Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia. Lex Nova. 2010.
- 9.- Manuel Revollo Puig, Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo Sancionador. En La Protección Jurídica del Ciudadano – Estudios en Homenaje al Profesor Jesús Gonzales Pérez. Editorial Civitas Tomo I. 1993.
- 10.- Pilar Teso Gamella. Medidas Cautelares y Derecho Sancionador. En Actualidad Administrativa. Vol 2. 2000.
- 11.- Leydi Marcela Rubiano Sifuentes. La Suspensión provisional como medida cautelar en la acción disciplinaria. En <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3983/Rubianoleidy2015.pdf?sequence=1>.

- 12.-** Eduardo Miguel Ben. La suspensión provisional del funcionario “versus” presunción de inocencia: última jurisprudencia. En Revista de Administración Pública, Número 108, septiembre – diciembre de 1985.
- 13.-** Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nro. 006-2017-JUS.
- 14.-** Ley de la Carrera Judicial – Ley 29277.
- 15.-** Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial – Resolución Administrativa Nro. 243-2015-CE-PJ.
- 16.-** Legislación de Colombia - Código Único Disciplinario – Ley 1952 del 2019.
- 17.-** Sentencia 2011-02579, 18 de octubre de 2011, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Bogotá D.C.

