

**PERÚ**Presidencia del
Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilGerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2020-SERVIR-GPGSC

De : **CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Aplicación del artículo 39-A de la Constitución Política, incorporado por Ley N° 31042, a los sentenciados por delito doloso en primera instancia

Referencia : Oficio N° 263-2020/GOB.REG.HVCA/ORA-OGRH

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia el Director de la Oficina de Gestión de Recursos Humanos del Gobierno Regional de Huancavelica nos formula las siguientes preguntas:

- a) ¿Los designados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 31042 deberían seguir ejerciendo su cargo?
- b) ¿Se requiere de normas reglamentarias de la autoridad correspondiente que determinen la aplicación del artículo 39-A de la Constitución Política?

II. Análisis**Competencias de SERVIR**

- 2.1 De acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1023, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es el ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, por lo que en aplicación de la Ley N° 28158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se constituye como la autoridad técnico normativa del mencionado Sistema, cuyo alcance comprende a todas las entidades de la Administración Pública, indistintamente de su nivel de gobierno.
- 2.2 En su condición de ente rector tiene –entre otras– la función de emitir opinión técnica vinculante en las materias de su competencia. Esta se ejecuta a través de la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, órgano encargado de diseñar y desarrollar el marco político y normativo del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos. Al contener la posición del ente rector, los informes técnicos emitidos por esta gerencia fijan la pauta que obligatoriamente deben seguir todos procedimientos que involucren la gestión de recursos humanos de la Administración Pública.
- 2.3 En mérito a ello, si bien el Consejo Directivo de SERVIR tiene la potestad de aprobar opiniones vinculantes, no es válido sostener que los informes técnicos que no hubieran sido aprobados por el Consejo Directivo de SERVIR puedan ser inobservados por las entidades públicas.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: OPRTA1C



- 2.4 Como ente rector, SERVIR define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. Sin embargo, no forma parte de sus competencias constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales de cada entidad. Por ello, las consultas que absolvemos se encuentran referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

Cuestiones preliminares

- 2.5 Lo desarrollado en el presente informe constituye la opinión técnica de SERVIR, en ejercicio de las atribuciones reconocidas en el Decreto Legislativo N° 1023¹.
- 2.6 El alcance de la posición técnico-normativa aquí plasmada se circunscribe al marco legal sobre la materia que se encuentra vigente a la fecha de emisión de este informe, toda vez que nuestras opiniones técnicas se rigen por el principio de legalidad.

Sobre la aplicación del artículo 39-A de la Constitución Política

- 2.7 A través de la Ley N° 31042² se incorporaron los artículos 34-A y 39-A a la Constitución Política del Perú. Para efectos del presente informe, nos centraremos únicamente en el artículo 39-A, que dispone lo siguiente:

Artículo 39-A. Están impedidas de ejercer la función pública, mediante designación en cargos de confianza, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso.

- 2.8 Es importante recordar que el derecho de acceso a la función pública se encuentra recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, lo cual lo convierte en un derecho fundamental. Por ello, las limitaciones a su aplicación deben encontrarse en norma de similar rango, como ahora lo hace el nuevo artículo 39-A de la Constitución Política.
- 2.9 En tal sentido, a partir del 16 de setiembre de 2020, las personas que hubiesen sido condenadas en primera instancia por delito doloso, en calidad de autores o cómplices, no son elegibles para ser designadas en cargos de confianza en las entidades públicas de los tres niveles de gobierno.

¹ Decreto Legislativo N° 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos

«Artículo 10.- Funciones de la Autoridad

La Autoridad tiene las funciones siguientes:

[...] h) Emitir opinión técnica vinculante en las materias de su competencia. [...]».

² Vigente desde el 16 de setiembre de 2020.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos

«Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».



- 2.10 Sin embargo, no debe pasarse por alto que el artículo 39-A de la Constitución Política no se limita a restringir el acceso a la función pública sino que expresamente impide su ejercicio. Ello significa que los alcances del mencionado artículo 39-A afecta tanto a las potenciales designaciones como a las que se encontraban vigentes al 16 de setiembre de 2020.
- 2.11 Ello de ningún modo representa una «*aplicación retroactiva*» de la norma, como erróneamente señala el consultante. Y es que al activarse el impedimento establecido en el artículo 39-A de la Constitución Política, cualquier servidor que al 16 de setiembre de 2020 se hubiese encontrado designado en un cargo de confianza, automáticamente perdió la capacidad jurídica que le permitía mantener el vínculo laboral producto de la designación.
- 2.12 Asimismo, precisamos que el impedimento establecido en el artículo 39-A de la Constitución Política se encontrará vigente en tanto una instancia superior no varíe o deje sin efecto la sentencia condenatoria por delito doloso emitida en primera instancia.

Acciones a tomar por las entidades a partir del 16 de setiembre de 2020

- 2.13 Al entrar en vigencia la Ley N° 31042, cada entidad se encuentra en la obligación de verificar que sus servidores designados en cargos de confianza no registren una sentencia condenatoria en primera instancia por delito doloso ya sea en calidad de autores o cómplices. De detectar a algún servidor designado en cargo de confianza con dicha condición, corresponderá que se dé por concluida su designación.
- 2.14 En adición a ello, las entidades deberán implementar una declaración jurada de no contar con sentencia condenatoria en primera instancia por delito doloso en calidad de autores o cómplices, la misma que será suscrita por todos los servidores que sean designados en cargos de confianza al momento de su incorporación. También suscribirán esta declaración jurada todos los servidores designados en cargo de confianza al 16 de setiembre de 2020.
- 2.15 Igualmente, de forma periódica se deberá verificar que los servidores designados en cargos de confianza de la entidad no registren sentencia condenatoria en primera instancia por delito doloso en calidad de autores o cómplices cuya fecha de emisión sea posterior a la suscripción de la declaración jurada mencionada en el numeral anterior.

Recomendamos consultar al Poder Judicial sobre el mecanismo disponible que facilite la verificación de las sentencias condenatorias en primera instancia por delito doloso.

Sobre los alcances de la rehabilitación respecto al impedimento previsto en el artículo 39-A de la Constitución Política

- 2.16 Pese a no haber sido objeto de consulta, consideramos apropiado recordar lo expuesto en el [Informe Técnico N° 365-2019-SERVIR/GPGSC](#):

2.16. Ahora bien, en este punto es oportuno indicar que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación,



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

2.17. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el quantum de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese quantum o las condiciones en la que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducción”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

2.18. Al respecto, el artículo 69° del Código Penal establece que la rehabilitación genera los siguientes efectos:

- i. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,*
- ii. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.*

Cabe indicar que es facultad exclusiva y excluyente del juez penal determinar la rehabilitación de un sentenciado, la cual necesariamente debe ser plasmada en una resolución judicial. Dicho mandato judicial que debe ser cumplido en sus propios términos como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales, ya que lo contrario constituiría una afectación directa al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.19. De lo expuesto, se desprende que una vez el órgano jurisdiccional competente declare mediante resolución judicial la rehabilitación de la condena penal impuesta a una persona, ésta declaración conllevará a que se restituyan aquellos derechos que hubieran sido restringidos o suspendidos como consecuencia de la sanción penal recobrándose así la habilitación de sus derechos civiles y laborales, sin que esto último signifique la reincorporación a su anterior puesto de trabajo.

- 2.17 Atendiendo a ello, una vez que la persona condenada en primera instancia por delito doloso en calidad de autor o cómplice sea rehabilitada por el Poder Judicial, recuperará la capacidad jurídica que le permita ejercer la función pública a través de una designación en cargo de confianza.
- 2.18 Lo expuesto en el párrafo precedente resultará válido en tanto no exista una norma que desarrolle los alcances del artículo 39-A de la Constitución Política precisando que el impedimento allí establecido es de carácter permanente. En dicho escenario, en concordancia con lo mencionado en el numeral 2.4 de este informe, se modificaría automáticamente este criterio y conllevaría que la persona condenada en primera instancia por delito doloso en calidad de autor o cómplice se encontrará permanentemente incapacitada para ser designada en un cargo de confianza, incluso luego de que hubiese operado la rehabilitación de condena penal.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

III. Conclusiones

- 3.1 Al entrar en vigencia el impedimento establecido en el artículo 39-A de la Constitución Política, cualquier servidor que al 16 de setiembre de 2020 se hubiese encontrado designado en un cargo de confianza, automáticamente perdió la capacidad jurídica que le permitía mantener el vínculo laboral producto de la designación.
- 3.2 El impedimento establecido en el artículo 39-A de la Constitución Política se encontrará vigente en tanto una instancia superior no varíe o deje sin efecto la sentencia condenatoria por delito doloso emitida en primera instancia.
- 3.3 Cada entidad deberá implementar una declaración jurada de no contar con sentencia condenatoria en primera instancia por delito doloso en calidad de autores o cómplices, la cual será suscrita por todos los servidores que sean designados en cargos de confianza al momento de su incorporación. Adicionalmente será suscrita por todos los servidores designados en cargo de confianza al 16 de setiembre de 2020.
- 3.4 Las entidades deben verificar periódicamente que sus servidores designados en cargos de confianza no registren una sentencia condenatoria en primera instancia por delito doloso ya sea en calidad de autores o cómplices. De detectar algún servidor designado en cargo de confianza con dicha condición, corresponderá que se dé por concluida su designación. Corresponderá al Poder Judicial informar sobre el mecanismo disponible para realizar la verificación.
- 3.5 Una vez que la persona condenada en primera instancia por delito doloso en calidad de autor o cómplice sea rehabilitada por el Poder Judicial, recuperará la capacidad jurídica que le permita ejercer la función pública a través de una designación en cargo de confianza.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY

Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/abs/iabe

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2020

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: OPRTA1C