"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 365 -2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Aplicación de la medida de destitución automática por delito doloso en el régimen laboral del Decreto Legislativo Nº 276, cuando existe rehabilitación penal.

Referencia : Oficio N° 307-2018-REGION ANCASH/SRP/OAJ.

Fecha : Lima, 05 MAR. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional de Ancash consulta a SERVIR sobre la aplicación de la medida de destitución automática por delito doloso en el régimen laboral del Decreto Legislativo Nº 276, cuando existe rehabilitación penal.

II. Análisis

Competencia de SERVIR

2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.

2.2. Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.

2.3. En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (en adelante, SAGRH), planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Delimitación de la consulta

2.4. De la revisión del documento de la referencia así como de su anexo se advierte que a través de la consulta formulada se pretende que SERVIR emita opinión respecto a si procede la destitución automática respecto a un servidor del Gobierno Regional de Ancash pese a que actualmente su condena penal se encuentra rehabilitada. Al respecto, es necesario reiterar que no es competencia de SERVIR pronunciarse respecto a casos particulares, motivo por el cual no posible opinar respecto a la situación planteada.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

2.5. Sin perjuicio de lo anterior, a través del presente informe se abordará de manera general los efectos de una condena penal en el régimen laboral del Decreto Legislativo Nº 276 y la posibilidad de aplicar la medida de destitución automática en el caso de condenas rehabilitadas.

De los efectos de una condena penal en el régimen del Decreto Legislativo N° 276

2.6. Previamente al análisis de fondo, resulta oportuno recordar los efectos de una condena penal en el régimen de la Carrera Administrativa. Así, el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 276, dispone que la condena penal privativa de la libertad (con sentencia firme) por delito doloso cometido por un servidor público lleva consigo la destitución automática.

2.7. Por su parte, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, en su artículo 161°[1] señalaba que la condena penal consentida y ejecutoriada privativa de la libertad por delito doloso acarrea destitución automática. En el caso de condena condicional (suspendida en su efecto), la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evaluará si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre que el delito no esté relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública.

2.8. En el primer supuesto, de acuerdo a los artículos citados la condena penal consentida y ejecutoriada privativa de libertad efectiva por delito doloso cometido por un servidor público tiene como consecuencia jurídica su destitución automática. De este modo, la aplicación inmediata de la sanción penal, conlleva a la destitución, la cual resulta congruente toda vez que dicho servidor -al verse recluido en un establecimiento especial- no podrá realizar sus actividades habituales como las referidas a su trabajo, su vida familiar, entre otras.

2.9. Asimismo, lo anterior implica que por tratarse de una causal de destitución automática, no existe obligación de la entidad de seguir un procedimiento administrativo disciplinario previo a la imposición de la sanción, toda vez que la causal de término laboral está objetivamente demostrada con la sentencia penal condenatoria privativa de libertad, más aún, en dicho supuesto, la obligación del empleador estatal radica en aplicar la destitución al momento de conocer de la imposición de la sanción penal al servidor.

2.10. No obstante, en el segundo supuesto del artículo 161° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 -como es el caso materia de consulta- se presentaba una causal de excepción para aquellos servidores cuya sentencia penal condenatoria privativa de libertad es aplicada con carácter condicional, correspondiendo (cuando se encontraba vigente dicho dispositivo) a la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evaluar si el servidor con la pena impuesta puede seguir prestando servicios en la entidad; para ello se debe considerar que el delito por el cual ha sido condenado el servidor no se encuentre relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública.

Solo en el caso de llegar a la conclusión de que no es posible la permanencia del servidor este deberá ser destituido. A efectos de determinar si el servidor continuará prestando sus servicios o será destituido, es necesario que la sentencia penal condenatoria privativa de libertad aplicada con carácter condicional deba encontrarse consentida y ejecutoriada.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C.SU GPGSC

[1] Derogado por el literal h) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, que deja sin efecto los Capítulos XII y XIII del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM.

2.11. Sin perjuicio de lo antes expuesto, debemos señalar que al haberse derogado los Capítulos XII y XIII del Reglamento de la Carrera Administrativa por el literal h) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil aprobado por Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM no es posible aplicar el artículo 161° del Reglamento de la Carrera Administrativa a los hechos ocurridos a partir del 14 de setiembre de 2014 (fecha de entrada en vigencia del régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil aplicable a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057).

2.12. En consecuencia, el artículo 161° del Reglamento de la Carrera Administrativa solo podría ser aplicado sobre aquellas condenas penales dictadas antes del 14 de setiembre de 2014, hecho que ha sido señalado en el Informe Técnico N° 861-2015-SERVIR/GPGSC. En ese sentido, a partir de dicha fecha y tal como se ha expuesto en el informe mencionado, sería de aplicación únicamente el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 276 en los casos que corresponda.

No obstante, debemos precisar que el Informe Técnico indicado hace una clara alusión a la aplicación del artículo 29° del Decreto Legislativo N° 276, en los casos de condena penal firme privativa de libertad efectiva, a partir del 14 de setiembre de 2014, como consecuencia de la derogación del artículo 161° del Reglamento de dicho cuerpo normativo.

Del marco legal aplicable a la condena penal suspendida en su efecto a partir del 14 de setiembre de 2014

2.13. Al haberse derogado el artículo 161° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276 ya no existe la posibilidad de que la Comisión de Procedimientos Administrativos Disciplinarios determine la permanencia de un servidor de carrera con sentencia penal suspendida en su efecto, en la entidad ejerciendo función pública; por lo que, debe primar el hecho que la condena penal por delito doloso constituye una causal objetiva de conclusión del servicio civil a través de la extinción de la relación laboral o estatutaria del servidor civil con su entidad empleadora, siendo el caso que el espíritu de las referidos artículos radica en que las personas condenadas por delito doloso, es decir cometidos intencionada y voluntariamente, independientemente de la forma de ejecución de la sentencia, no sigan prestando servicios en la administración pública.

Por tanto, la prohibición de formar parte del servicio civil a quienes hayan sido sentenciados por delitos dolosos no está condicionada a la forma de ejecución de la sentencia, sino que es una forma legal objetiva de evitar que personas que han tenido la intención deliberada de cometer una acción tipificada por ley como delito presten servicios al Estado.

2.14. En ese sentido, los servidores con sentencia penal firme con ejecución suspendida, a partir del 14 de setiembre de 2014, no pueden ejercer función pública en una entidad pública; procediendo consecuentemente a la destitución automática, a consideración de lo indicado en el presente informe.

Sobre la posibilidad de aplicar la medida de destitución automática prevista en el D.L Nº 276 en el caso de condenas rehabilitadas

2.15. Tal como se ha expuesto en el acápite precedente, a partir del 14 de setiembre de 2014, con la derogación de los Capítulos XII y XIII del Reglamento de la Carrera Administrativa, la prohibición de formar parte del servicio civil a quienes hayan sido sentenciados por delitos dolosos no está condicionada a la forma de ejecución de la sentencia; motivo por el cual, aún en el caso de condenas

por delito doloso suspendidas en su ejecución procedería la medida de destitución automática en mérito a lo establecido en el artículo 29º del D.L. Nº 276.

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, 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 "reeducación", "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[2]. Dicho mandato judicial que debe ser cumplido en sus propios términos[3] 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.

2.20. A partir de lo antes expuesto, teniendo en cuenta los efectos de la rehabilitación penal y atendiendo a que para aplicar la destitución automática a que se refiere el artículo 29º del D.L. Nº 276 resulta necesario verificar previamente la existencia de una condena penal por delito doloso (la cual no podría ser informada para efectos administrativos por la autoridad judicial correspondiente una vez producida la rehabilitación), se advierte que no resultaría posible la aplicación de la medida de destitución automática respecto de un servidor cuya condena por delito doloso hubiera sido rehabilitada, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL · V°B° C. SU · GPGSC

2.21. En suma, estando a todo lo señalado en el presente informe, se concluiría que a efectos de aplicar la medida destitución automática a que se refiere el artículo 29º del D.L. Nº 276, la autoridad correspondiente deberá verificar la confluencia de los siguientes elementos:

[2] Expediente N° 07247-2013-PA/TC
[3] Artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

a) La existencia de una condena penal por delito doloso (ya sea efectiva o suspendida en su ejecución).
b) Que la sentencia condenatoria cuente con la calidad de firme, esto es, que se encuentre consentida o ejecutoriada.
c) Que el condenado no hubiera adquirido la condición de rehabilitado, con la consecuente cancelación de sus antecedentes penales.

Sobre la entrada en vigencia de la Ley Nº 30794 y su aplicación

2.22. A título referencia, es menester señalar que con fecha 18 de junio de 2018 se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley Nº 30794, Ley que establece como requisito para prestar servicios en el sector público, no tener condena por terrorismo, apología del delito de terrorismo y otros delitos; sus disposiciones entrarán en vigencia a los noventa (90) días de su publicación con la finalidad de que las entidades de la administración pública adecuen su procedimiento de selección de personal para incorporar el requisito señalado en el artículo 1º de la mencionada ley.

2.23. Propiamente, el artículo 1º de dicha ley establece como requisito para ingresar o reingresar a prestar servicios en el sector público, que el trabajador no haya sido condenado con sentencia firme, por cualquiera de los siguientes delitos:

1. Delitos previstos en los artículos 2, 4, 4-A, 5, 6, 6-A, 6-B, 8, y 9 del Decreto Ley 25475, que establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.
2. Apología del delito de terrorismo, tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Proxenetismo, tipificado en los artículos 179, 179-A, 180, 181 y 181-A del Código Penal.
5. Violación de la libertad sexual, tipificado en los artículos 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A y 177 del Código Penal.
6. Tráfico ilícito de drogas, tipificado en los artículos 296, 296-A[4], 296-B, 296-C, 297, 298, 301 y 302 del Código Penal[5].

De la misma manera, el referido artículo establece que la rehabilitación, luego de cumplida una sentencia, no habilita para prestar servicios personales en el sector público.

Asimismo, precisa que en caso el servidor se encuentre comprendido en algunos de los supuestos señalados en el primer párrafo, y mantenga vínculo contractual de carácter personal con el Estado, bajo cualquier modalidad, este vínculo deberá ser resuelto.

Finalmente, se indica que están exceptuados de lo previsto en los párrafos anteriores los beneficiarios de la Ley N° 26655, Ley que crea la Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas condenadas por delitos de terrorismo o traición a la patria.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL · GPGSC · V°B° C. SU

[4] Se excluye el delito de comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva tipificado en el tercer párrafo del artículo 296-A.
[5] En el caso del artículo 302º del Código Penal, se excluye el delito de inducción o instigación al consumo de drogas.

2.24. En suma, se advierte que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 30794, rigen las siguientes reglas especiales para el ingreso y permanencia en el sector público:

a) Se encuentra impedidas de ingresar o reingresar al sector público las personas que hubieran sido condenadas con sentencia firme por alguno de los delitos descritos en el artículo 1º de la Ley Nº 30794, incluso si se hubiera producido la rehabilitación.

b) En caso un servidor que mantiene vínculo contractual de carácter personal con el Estado (indistintamente de su régimen laboral o contractual) hubiera sido condenado con sentencia firme por alguno de los delitos descritos en el artículo 1º de la Ley Nº 30794, corresponderá la resolución de su vínculo.

III. Conclusiones

3.1. No es competencia de SERVIR pronunciarse respecto a casos particulares, motivo por el cual no posible opinar respecto a la situación planteada.

3.2. En el caso de una condena penal por delito doloso suspendida en su ejecución impuesta a un servidor sujeto al Decreto Legislativo Nº 276 antes del 14 de setiembre de 2014 (consentida o ejecutoriada), correspondía a la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evaluar si el servidor, con la pena impuesta, puede seguir prestando servicios teniendo en cuenta que el delito por el cual ha sido condenado no debe encontrarse relacionado con las funciones asignadas, ni afecte a la Administración Pública. Solo en el caso de llegar a la conclusión de que no es posible la permanencia del servidor éste deberá ser destituido.

3.3. A partir de la entrada en vigencia del régimen disciplinario regulado por la Ley del Servicio Civil, esto es desde el desde el 14 de setiembre de 2014, el artículo 161° del Reglamento de la Carrera Administrativa se encuentra derogado y solo podría (y debe) ser aplicado sobre la base de aquellas condenadas penales dictadas antes de la fecha en mención pues dichos efectos no pueden ser enervados administrativamente.

3.4. De esa manera, actualmente, la prohibición de formar parte del servicio civil a quienes hayan sido sentenciados por delitos dolosos no está condicionada a la forma de ejecución de la sentencia, sino que es una forma legal objetiva de evitar que personas que han tenido la intención deliberada de cometer una acción tipificada por ley como delito presten servicios al Estado.

3.5. En ese sentido, los servidores sujetos al D.L. Nº 276 que a partir del 14 de setiembre de 2014 hubieran sido condenados por delito doloso con ejecución suspendida (cuya sentencia se encuentre firme), no pueden ejercer función pública en una entidad pública; procediendo consecuentemente su destitución automática, a consideración de lo indicado en el presente informe.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

3.6. Teniendo en cuenta los efectos de la rehabilitación penal y atendiendo a que para aplicar la destitución automática a que se refiere el artículo 29º del D.L. Nº 276 resulta necesario verificar previamente la existencia de una condena penal por delito doloso (la cual no podría ser informada para efectos administrativos por la autoridad judicial correspondiente una vez producida la rehabilitación), se concluiría que no resulta posible la aplicación de la medida de destitución automática respecto de un servidor cuya condena por delito doloso hubiera sido rehabilitada.

3.7. Consecuentemente, efectos de aplicar la medida destitución automática a que se refiere el artículo 29º del D.L. Nº 276, la autoridad correspondiente deberá verificar la confluencia de los siguientes elementos:

a) La existencia de una condena penal por delito doloso (ya sea efectiva o suspendida en su ejecución).
b) Que la sentencia condenatoria cuente con la calidad de firme, esto es, que se encuentre consentida o ejecutoriada.
c) Que el condenado no hubiera adquirido la condición de rehabilitado, con la consecuente cancelación de sus antecedentes penales.

3.8. Con fecha 18 de junio de 2018, se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley Nº 30794, "Ley que establece como requisito para prestar servicios en el sector público, no tener condena por terrorismo, apología del delito de terrorismo y otros delitos"; sus disposiciones entrarán en vigencia a los noventa (90) días de su publicación con la finalidad de que las entidades de la administración pública adecúen su procedimiento de selección de personal para incorporar el requisito señalado en el artículo 1º de la mencionada ley.

3.9. A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 30794, regirán las siguientes reglas especiales para el ingreso y permanencia en el sector público:

a) Se encuentran impedidas de ingresar o reingresar al sector público las personas que hubieran sido condenadas con sentencia firme por alguno de los delitos descritos en el artículo 1º de la Ley Nº 30794, incluso si se hubiera producido la rehabilitación.

b) En caso un servidor que mantiene vínculo contractual de carácter personal con el Estado (indistintamente de su régimen laboral o contractual) hubiera sido condenado con sentencia firme por alguno de los delitos descritos en el artículo 1º de la Ley Nº 30794, corresponderá la resolución de su vínculo.

Atentamente,

CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/abs/ear.
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes Técnicos\2019.