



PERÚ

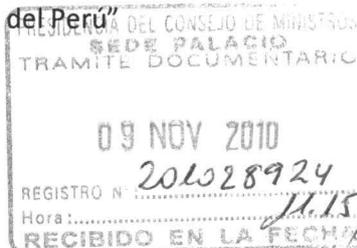
Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia
Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 09 NOV 2010



OFICIO N° 633-2010-SERVIR/PE

Señor
LUIS ANTONIO ALEMAN NAKAMINE
Secretario General
Presidencia del Consejo de Ministros
Presente.-

Asunto: Proyecto de Ley que limita el acceso al servicios público para aquellas personas sancionadas y/o condenadas por delitos de corrupción

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación a la propuesta legislativa remitida electrónicamente, relacionada con la inhabilitación permanente para reingresar a la administración pública.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 408-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, el cual contiene la posición de SERVIR sobre el mencionado Proyecto de Ley.

Sin otro particular quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL

NEF/JAG/MMC

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME LEGAL Nº 408-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **JORGE ARRUNÁTEGUI GADEA**
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Ley que limita el acceso al servicio público para aquellas personas sancionadas y/o condenadas por delitos de corrupción

Descriptor : a) Acceso al servicio civil
b) Sanciones
c) Inhabilitación para el ejercicio del servicio civil

Fecha : Lima, 8 de noviembre de 2010

Me dirijo a usted con relación al asunto del rubro, con la finalidad de manifestar lo siguiente:

Antecedentes



Con Decreto Legislativo N° 1023 se crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil.

- De acuerdo con lo establecido en el artículo 30º del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, norma que regula el régimen laboral público *"El servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años como mínimo"*.
- Lo expresado en el artículo 30º del Decreto Legislativo N° 276 fue extendido a las sanciones de destitución y despido (es decir, tanto para el régimen de la carrera administrativa como al régimen laboral privado) por el artículo 242º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, - Ley N° 27444, cuando señala que *"La Presidencia del Consejo de Ministros o quien ésta designe organiza y conduce en forma permanente un Registro Nacional de Sanciones de destitución y despido que se hayan aplicado a cualquier autoridad o personal al servicio de la entidad,*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

independientemente de su régimen laboral o contractual, con el objeto de impedir su reingreso a cualquiera de las entidades por un plazo de cinco años”.

4. De otro lado, conforme al artículo 7 de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público, son requisitos para postular al empleo público, entre otros; tener hábiles sus derechos civiles y laborales y no poseer antecedentes penales ni policiales, incompatibles con la clase de cargo.
4. Conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1023, corresponde a SERVIR emitir opinión previa a la expedición de normas de alcance nacional relacionadas con el ámbito del Sistema.
5. Atendiendo a la condición de Muy Urgente del mencionado proyecto, cabe mencionar que se ha priorizado su atención, a fin de alcanzar los comentarios generales que sobre el particular se han podido recabar.

Del objeto del proyecto de ley

6. La propuesta legislativa procura modificar la Ley de la Carrera Administrativa a fin de incorporar dentro del sistema jurídico peruano una disposición que permita que los empleados públicos vinculados a la administración pública a través de un régimen estatutario, laboral o contractual, que hubiesen sido destituidos, despedidos o resuelto su contrato, por haber cometido **falta grave vinculada a actos de corrupción** no se reincorporen al servicio público en **forma permanente**, bajo ninguna forma o modalidad.



Es evidente que la finalidad de la propuesta legislativa apunta a establecer mecanismos que garanticen a la ciudadanía que el Estado mantenga servidores y funcionarios idóneos, cuya integridad y moralidad resulte intachable; y no a personas vinculadas con actos de corrupción.

Al respecto, consideramos que parte de una lucha integral contra la corrupción requiere de por los menos tres tipos de acciones: a) acciones represivas (esto es fiscalizar, investigar y sancionar los actos de corrupción); b) acciones preventivas (el acceso a información para una adecuada fiscalización pública y ciudadana, transparentando el gasto público, o las declaraciones de bienes y rentas de los funcionarios estatales); y c) el buen gobierno: reduciendo la subjetividad de las decisiones estatales y profesionalizando la gestión del Estado (con el objeto de eliminar la influencia política de las decisiones institucionales).

Las políticas institucionales de SERVIR apuntan precisamente al buen gobierno y la profesionalización e institucionalidad de las entidades estatales, a fin que éstas



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

adopten decisiones conforme a la Ley y no por influenciadas políticas o la satisfacción intereses particulares.

Por ello, coincidimos con la finalidad que pretende alcanzar la propuesta normativa, en el sentido de generar las condiciones que resulten necesarias para que la administración cuente con técnicos y profesionales de conducta incuestionable.

No obstante ello, aun cuando coincidimos con la finalidad de la propuesta, consideramos importante alcanzar nuestros comentarios sobre el particular a fin de colaborar en dicho propósito en nuestra calidad de organismo técnico especializado en la gestión de los recursos humanos en el Estado.

Sobre los principales comentarios de la propuesta legislativa remitida para opinión

7. A fin de coadyuvar a la viabilidad de la presente propuesta legislativa, consideramos necesario revisar si las autoridades administrativas son competentes para calificar o determinar si una conducta constituye un acto de corrupción, aspecto que a nuestro criterio estaría reservado para las autoridades judiciales.

En efecto, debemos recordar que, independientemente del tipo de vinculación laboral, estatutaria, administrativa o civil que una a un funcionario o servidor público con una entidad pública, siempre la causal que se invoque para destituir, despedir o resolver un contrato, no será la comisión de un acto de corrupción, sino el incumplimiento de las obligaciones propias del cargo expresamente tipificadas como faltas administrativas por la Ley.

Si adicionalmente a ese incumplimiento o conducta administrativa, los hechos también califican como delito, entonces corresponderá al Ministerio Público sustentar el caso y al Poder Judicial (a través del juez penal) determinar la responsabilidad penal y de ser el caso, aplicar la sanción respectiva.

En ese sentido, de la revisión de las normas que regulan las conductas que califican como infracciones administrativas de los servidores y funcionarios públicos se puede advertir que en ninguna de ellas, existe normativa que regule un listado de conductas que califiquen como actos de corrupción.

Las razones de dicha determinación legislativa la entendemos primero porque a la autoridad administrativa no le corresponde dar ese calificativo; y segundo, porque es sumamente difícil pre determinar qué falta administrativa constituye también un ilícito penal, debiéndose evaluar dicha situación caso por caso.

8. De otro lado, en lo que respecta al artículo 2° propuesto, se advierte la pretensión de aplicar a un trabajador del régimen laboral de la actividad privada el procedimiento y





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

las causales del régimen de la carrera administrativa, cuando éste disponga la contratación o reingreso de un servidor inhabilitado. Dicha propuesta podría generar problemas, pues se les estaría aplicando disposiciones que no corresponden a su régimen laboral o contractual e incluso un procedimiento sancionador distinto al que corresponde habitualmente en la entidad.

De la inhabilitación permanente y la lucha contra la corrupción

9. Otro tema que es importante resaltar es la pertinencia de la inhabilitación permanente como mecanismo de lucha contra la corrupción.

Tal como lo hemos señalado en numerales anteriores, la lucha contra la corrupción estatal, en la medida que supone la implementación de actividades concretas para evitar que los funcionarios y servidores públicos participen en actividades consideradas delictivas en perjuicio de los bienes y patrimonio estatal o de mal uso de las atribuciones inherentes al cargo público que ejercen, consideramos que guarda una directa relación con las políticas que en materia de recursos humanos establece SERVIR.

Para tal efecto, nos permitimos recordar que en la implementación de políticas que implementa el Estado Peruano en materia de lucha contra la corrupción, debe tener como referente obligatorio, la Convención Interamericana contra la Corrupción (suscrita en marzo de 1996 y ratificada por el Estado Peruano en abril de 1997).

Es precisamente dicho instrumento legal el que prevé una serie de acciones y compromisos que deben asumir los Estados miembros para implementar la lucha contra la corrupción, sin que entre ellas se afecte o limite el ejercicio del medio de defensa técnico de todo procesado denominado "prescripción" así como el respeto al principio de "presunción de inocencia".

Como se puede apreciar, la Convención Interamericana contra la Corrupción expresamente prevé la figura de la prescripción y el respeto al principio de presunción de inocencia. Por ello, consideramos necesario revisar la propuesta legislativa, en la parte que se refiere a la inhabilitación permanente, a la luz de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Al respecto, la hipótesis de hecho, para que se configure el impedimento de inhabilitación permanente de la propuesta legislativa, es la comisión de actos de corrupción¹, actividad que se encuentra directamente relacionada a actos ilícitos penales, y como tales insertados en la Sección IV "Corrupción de Funcionarios" del

¹Corrupción entendida como la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de la entidad en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Código Penal (artículos 393 al 401). La calificación de dichos actos es de competencia de la autoridad judicial (fiscales y jueces) y no propiamente de la autoridad administrativa.

Lo contrario implicaría, transgredir el derecho consagrado en el literal e), numeral 24, artículo 2 de la Constitución Política del Perú, referido a que **“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.”**

10. Otro elemento a tomar en cuenta respecto a la inhabilitación administrativa que se pretende sustentar con la propuesta legislativa alcanzada, es que una medida similar ya existe actualmente en la legislación nacional, la misma que está prevista en el artículo 242º de la Ley Nº 27444, correspondiente a la inhabilitación de cinco años como consecuencia de destitución y despido.

En ese sentido, de aprobarse la inhabilitación permanente y de origen administrativo tal como lo propone el proyecto de Ley, estaríamos frente a dos tipos de inhabilitaciones muy similares (la de cinco años por despido o destitución y la perpetua por despido o destitución por acto de corrupción) que además tendrían la misma naturaleza administrativa y cuya calificación para optar entre una u otra medida, dependerían de la tipificación realizada por la autoridad administrativa competente para imputar la falta (generalmente el responsable de recursos humanos o administración de la entidad).



Además de encontrarnos frente a una diferencia muy subjetiva, también podríamos enfrentar cuestionamientos por la colisión de la propuesta legislativa con el principio de non bis in idem que, conforme al artículo 230º de la Ley Nº 27444 consiste en **“No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.”**

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

11. Adicionalmente, la inhabilitación permanente que se propone con la modificación del artículo 30º del Decreto Legislativo Nº 276, se emitiría desconociendo la institución de la rehabilitación contenida en el mismo Código Penal (prevista en el artículo 69 del Código Penal) o la prevista en las normas de la carrera administrativa (artículos 176º y siguientes del Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).²

² A manera de comentario, señalamos que una de las modificaciones que introdujo el Código Penal vigente fue la supresión del carácter perpetuo de la inhabilitación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Consideramos necesario mencionar que el Código Penal, prevé la figura jurídica de la prescripción, como una limitación establecida por Ley, para que el Estado pueda ejercer su facultad sancionadora y se abstenga de perseguir y sancionar el delito porque se venció un plazo previamente establecido por el Código Penal. También, es un medio de defensa técnico interpuesto por la defensa del procesado, es decir, un derecho subjetivo.

Asimismo, el mencionado Código establece la Rehabilitación automática, la que se configura por el mero cumplimiento de la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad; produciendo, entre otros, el efecto de restituir a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia.

En efecto, resultaría contradictorio que en el ámbito penal, la persona una vez cumplida la pena o medida de seguridad impuesta, al amparo de lo establecido en el artículo 69 del Código Penal solicite la rehabilitación y ello conlleve la restitución de sus derechos suspendidos o restringidos por la sentencia, así como la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales; y sin embargo no se contemple la rehabilitación para ejercer cargos públicos.



En ese orden de ideas, cabe preguntarse cuál sería entonces la finalidad de mantener la figura de la rehabilitación en el Código Penal, si sus efectos en el caso de algunos delitos, no se materializarían. ¿Cabe realizar ese tipo de discriminación?

Por ello, tal como lo expresamos en el Informe Legal N° 168-2009-ANSC/OAJ relacionado al Proyecto de Ley N° 3422/2009-CR (opinión que se encuentra publicada en nuestra portal institucional), consideramos que la imposición de inhabilitaciones perpetuas o permanentes, no guardan coherencia con la normativa sancionadora estatal (penal o administrativa) ni tienen referente alguno en las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción que el Estado Peruano está obligado a cumplir.

Ello no impide que el legislador establezca, como sustentaremos a continuación, que el juez penal pueda, además de imponer las penas privativas de la libertad que considere pertinentes, sancionar con inhabilitación aquellas personas a quienes se les encuentre culpable o coautoría en los delitos de corrupción, según la legislación penal.

Propuesta alternativa

12. Como señalamos al comienzo de este informe, coincidimos con la finalidad del Proyecto de Ley objeto de análisis, en el sentido que se requiere establecer



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

procedimientos para garantizar el acceso y permanencia de servidores y funcionarios probos e intachables dentro del Estado, pero estimamos pertinente alcanzar los siguientes comentarios que permitan su aplicación sin observación alguna.

Por ello, nos permitimos sugerir que en lugar de una inhabilitación permanente y de naturaleza administrativa, se establezca la inhabilitación como sanción limitativa de derechos impuesta por la autoridad penal, a fin que éste, adicionalmente a las penas privativas de libertad propias de cada tipo penal, pueda impedir que el sentenciado por delitos de corrupción y sus copartícipes, accedan a cualquier cargo, puesto o contrato con el Estado por el lapso de 25 años, contados desde el momento de la destitución o despido dispuesto por la autoridad administrativa o a falta de ésta, desde que es sentenciado por el juez penal.

Se propone 25 años, considerando que constituye gran parte del tiempo de la carrera pública y en general de la vida laboral de todo trabajador, lo que supone una medida que se encontraría conforme con la finalidad de la propuesta normativa, constituyendo una clara medida disuasiva y de lucha contra la corrupción, pero también afín con disposiciones legales vigentes.

Con ello, la inhabilitación administrativa contemplada en la Ley N° 27444 y del Decreto Legislativo N° 276 constituiría una figura distinta a la inhabilitación penal de 25 años que proponemos y como consecuencia de procedimientos distintos, eliminaría cualquier cuestionamiento al principio de non bis in idem.



Por ello, nuestra propuesta se encuentra dirigida a establecer un tope en el plazo de inhabilitación administrativa, la cual guarda coherencia con la finalidad del proyecto de Ley, la tendencia histórica del Código Penal, la Constitución así como la Convención Interamericana contra la Corrupción.

La inhabilitación y las atribuciones del Tribunal del Servicio Civil

13. El artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023, establece que el Tribunal del Servicio Civil es un órgano integrante de SERVIR que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema. El Tribunal constituye última instancia administrativa y resuelve en apelación las materias siguientes:

- a) Acceso al servicio civil;
- b) Pago de retribuciones;
- c) Evaluación y progresión en la carrera;
- d) Régimen disciplinario; y,
- e) Terminación de la relación de trabajo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

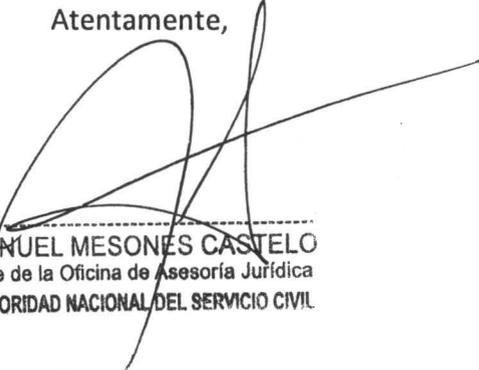
En virtud de lo antes expresado, el Tribunal del Servicio Civil podría confirmar un despido, destitución o resolución contractual de un empleado público, o por el contrario dejar éstos sin efecto, o mutar la sanción a otra de menor gravedad como una suspensión, cese temporal o amonestación, lo que acarrearía la habilitación inmediata del servidor, sin perjuicio de la acciones penales que pudieran recaer sobre éste en la instancia judicial.



Por ello, la propuesta normativa debería incorporar la referencia de que las resoluciones del Tribunal del Servicio civil conllevan las mismas consecuencias, en el plano de registro administrativo de la inhabilitación, que una sentencia absolutoria del Poder Judicial.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación de encontrarlo conforme y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,


MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

OAJ/MMC/tnr
c/tnr/2010/Informes/Proyecto de Ley que limita el acceso al servicio público por corrupción