



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Secretaría
General

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 10 JUL. 2017

OFICIO N° 2461 -2017-PCM/SG/SC



Señora Congresista
ALEJANDRA ARAMAYO GAONA
Presidenta

Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización
de la Gestión del Estado
Presente.-

Asunto : Pedido de opinión sobre P.L. N° 740/2016-CR

Referencia : Oficio P.O. N° 599-2016-2017/CDRGLMGE-CR
Expediente N° 201645167 y 201707579

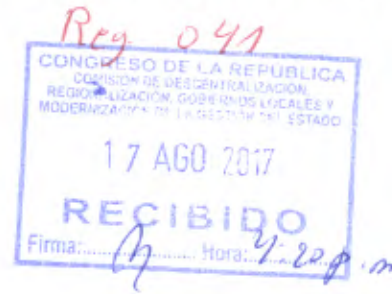
De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, por especial encargo del Presidente del Consejo de Ministros, con relación a documento de la referencia, mediante el cual la Comisión bajo su Presidencia, solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 740/2016-CR, que propone modificar el inciso c) del artículo 21° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Al respecto, alcanzo para su conocimiento y fines, el Informe N° 772-2017-PCM/OGAJ, remitido por la Directora de la Oficina General de Asesoría de la Presidencia del Consejo de Ministros, sobre ese particular.

Hago propicia la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y estima personal.

Atentamente,



.....
María Soledad Guiulfo Suarez-Durand
Secretaria General
Presidencia del Consejo de Ministros

SC/gpqm

Jr. Carabaya s/n-Cercado de Lima
Central Telefónica: (51) 1 219-7000 / 1159
www.pcm.gob.pe

Lima, 9 de diciembre de 2016



OFICIO P.O. N°599 -2016-2017/ CDRGLMGE-CR

Señor
FERNANDO ZAVALA LOMBARDI
Presidente del Consejo de Ministros
Jr. Carabaya cdra. 1 s/n Palacio de Gobierno
Lima

De mi consideración:

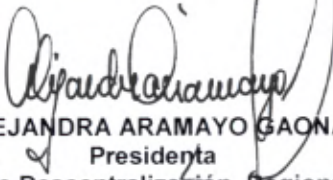
Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo muy cordialmente. Asimismo, solicitarle la opinión técnico legal de su representada sobre el Proyecto de Ley 0740/2016-CR, ley que modifica el inciso c, del artículo 21 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Este pedido se formula de acuerdo al artículo 34 del Reglamento del Congreso de la República y el artículo 96 de la Constitución Política del Perú.

Agradeciendo la atención prestada al presente, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi estima personal.

Atentamente,




ALEJANDRA ARAMAYO GAONA
Presidenta
Comisión de Descentralización, Regionalización,
Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado

AAG/rmch.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Secretaría
General

Oficina General
de Asesoría Jurídica

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

INFORME N° 772 -2017-PCM/OGAJ

A : VLADO ERICK CASTAÑEDA GONZALES
Secretario de Coordinación

ASUNTO : Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 740/2016-CR, Ley que modifica el inc. c del artículo 21 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

REFERENCIA: a) Oficio P.O N° 599-2016-2017/CDRGLMGE-CR
b) Memorandum N° 351-2017-PCM/SC

FECHA : Lima, 13 JUN. 2017

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al rubro del asunto a fin de emitir la opinión del sector de la Presidencia del Consejo de Ministros:

I. BASE LEGAL.-

- 1.1. Constitución Política del Perú.
- 1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 1.4. Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- 1.5. Decreto Supremo N° 022-2017-PCM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Mediante el documento de la referencia a), la Presidenta de la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, solicita opinión del Proyecto de Ley N° 740/2016-CR, Ley que modifica el inc. c del artículo 21 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Proyecto de Ley).
- 2.2. A través del documento de la referencia b), el Secretario de Coordinación de la Presidencia del Consejo de Ministros solicita opinión del Proyecto de Ley.
- 2.3. El Proyecto de Ley N° 740/2016-CR señala lo siguiente:

"Artículo 1. Finalidad de la Ley

La presente Ley tiene por finalidad, las atribuciones del Presidente Regional, en designar y cesar al Gerente General Regional y a los Gerentes Regionales, así como nombrar y cesar a los funcionarios de confianza.

Artículo 2.- Modificación del inc. c del artículo 21 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Artículo 21. Atribuciones

Inc. C.- Designar y cesar al Gerente General Regional y a los Gerentes Regionales, así como nombrar y cesar a los funcionarios de confianza, considerándose que la designación y el cese al Gerente General Regional y a los Gerentes Regionales, así como los nombramientos de los funcionarios de confianza, estos no deben de contar con antecedentes penales por delitos de corrupción y antecedentes judiciales, así como denuncias en trámite en el Ministerio Público y procesos judiciales en el Poder Judicial.

III. ANÁLISIS:

- 3.1. De conformidad con lo dispuesto en el literal g) del artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2017-PCM, corresponde a la Oficina General de Asesoría Jurídica, emitir opinión jurídico-legal respecto de los proyectos de Ley que someta a su consideración la Alta Dirección.
- 3.2. En ese sentido, el presente informe consolida la opinión del sector Presidencia del Consejo de Ministros, conforme se señala a continuación.

Tratados internacionales sobre el acceso a la función pública

- 3.3. Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte, integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.
- 3.4. Es la propia Constitución Política del Perú, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.
- 3.5. Es necesario mencionar que si bien el artículo 55 de la Constitución Política del Perú es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."
(el resaltado es nuestro).

- 3.6. Sobre el derecho fundamental del acceso a la función pública, en los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, podemos verificar que aquel derecho ha sido reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ende conforman el ordenamiento jurídico peruano. Ambos tratados reconocen el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones.

*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*

- 3.7. De acuerdo al Tribunal Constitucional¹, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política del Perú. Por tanto, **tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades**. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú– sino que, además por mandato de ella misma, **son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa**.
- 3.8. En los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano, el derecho de acceso a la función pública se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el siguiente sentido:

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"***Artículo 25***

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

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

"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.*

- 3.9. Por lo tanto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de la recepción interpretativa, el derecho fundamental de acceso a la función pública y en condiciones de igualdad, reconocido en los tratados internacionales mencionados anteriormente; derecho que será analizado en el presente informe.

¹ Fundamento 22 en la sentencia recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC.





La Constitución Política del Perú y la limitación de derechos fundamentales

- 3.10. A decir del Tribunal Constitucional², el concepto de derechos fundamentales comprende:

"tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica." (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

- 3.11. Por ello, si bien la positivización de los derechos fundamentales (en la Constitución Política) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética, por las manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado.
- 3.12. Todos los derechos fundamentales tienen un contenido constitucionalmente protegido³, sin embargo esto no significa que sean derechos absolutos, por el contrario, el Tribunal Constitucional⁴ ha señalado que es posible su limitación o restricción (lo cual no significa su disminución, su supresión o vaciarlo de contenido). **La limitación de un derecho comporta el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizar su ejercicio.** También señala que la validez de tal limitación depende que se respete el contenido esencial de los derechos sobre la cuales se practica su restricción.
- 3.13. Entonces, dicha limitación tiene como exigencia constitucional, que se realice a través de una norma con rango legal⁵, es decir, debe respetarse el principio de legalidad, de acuerdo al literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política; sin embargo, eso no es el único requisito que debe cumplirse para determinar la constitucionalidad de una limitación de derechos fundamentales. En este aspecto, el Tribunal Constitucional⁶, de acuerdo al último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, **señala, que tal limitación debe satisfacer el principio de razonabilidad y proporcionalidad.**
- 3.14. Por el lado del principio de **razonabilidad**, es necesario sustentar que la medida restrictiva se justifique en la **necesidad de preservar, proteger o promover un fin legítimo constitucional.** En lo que respecta a la **proporcionalidad**, es necesario que la medida limitativa satisfaga los **sub criterios o principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.** Sobre el

² Fundamento 2 recaída en la sentencia del Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

³ El contenido constitucionalmente protegido, comprende un contenido esencial, otro no esencial y uno adicional.

⁴ Fundamento 93 recaída en la sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC.

⁵ Fundamento 3 recaída en la sentencia del Expediente N° 2235-2004-AA/TC.

⁶ Fundamento 6 recaída en la sentencia del Expediente N° 2235-2004-AA/TC.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

principio de **idoneidad**, implica que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser **adecuada para fomentar el objetivo constitucionalmente legítimo**. – Respecto al principio de **necesidad**, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, **no debe existir otra medida igualmente satisfactoria y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental**. Y, en lo referente al principio de **proporcionalidad en estricto sentido**, toda medida limitativa sólo será ponderada, **si el grado de incidencia que genera** sobre el contenido de los derechos restringidos, **es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar**.

- 3.15. Esta revisión general de los criterios del Tribunal Constitucional sobre la limitación de los derechos fundamentales es importante para el presente caso, teniendo en cuenta que de la exposición de motivos y de la fórmula normativa del Proyecto de Ley, se puede constatar que existe un conflicto de principios y derechos fundamentales, estos son, por un lado, **el principio de probidad en la función pública** y por otro lado el **derecho de acceso a la función pública**; sin embargo, no se verifica en la sustentación del Proyecto de Ley, la realización del test de razonabilidad y proporcionalidad, el cual es importante para determinar si la medida limitativa es acorde a la Constitución Política del Perú.
- 3.16. Sin perjuicio de ello, mediante el presente informe se realizará el correspondiente test, en el ámbito de las competencias de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Presidencia del Consejo de Ministros.
- 3.17. Por lo tanto, a fin de analizar la viabilidad legal del Proyecto de Ley bajo análisis, resulta necesario evaluar si éste es acorde a lo establecido en la Constitución Política del Perú, conforme a lo señalado en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para ello, debe desarrollarse el test⁷ de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, **es el parámetro de determinación de validez de los actos normativos que establezcan límites a los derechos fundamentales**, debiendo analizarse previamente los principios y derechos fundamentales en conflicto (principio de probidad en la función pública frente al derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones).

La probidad en el servicio civil

- 3.18. De acuerdo al artículo 39 de la Constitución Política del Perú, todos los **funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación**. Tribunal Constitucional, el inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, reconoce las libertades de expresión e información. Asimismo, el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, señala que la **ley regula** los derechos, **deberes** y responsabilidades de **los servidores públicos**.

⁷ El test una guía metodológica, según lo señalado en el fundamento 65 del Expediente N° 0048-2004-PI/TC.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

3.19. En el marco legal como bloque de constitucionalidad⁶ del servicio civil a que se refiere los artículos 39 y 40 de la Constitución Política del Perú, tenemos a la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, a la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público y a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, la cual señala lo siguiente sobre el servicio civil:

"Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública

Artículo 6.- Principios de la Función Pública

El servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios:

(...)

- 3. **Probidad:** Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona."

"Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

Título Preliminar

Artículo IV. Principios

(...)

- 6. **Principio de probidad y ética pública.** El empleado público actuará de acuerdo a los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes que requiera la función pública."

"Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil

Título Preliminar

Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil

Son principios de la Ley del Servicio Civil:

(...)

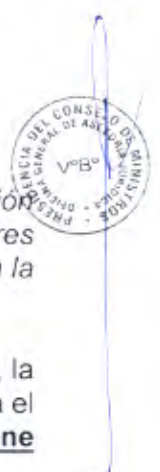
- i) **Probidad y ética pública.** El Servicio Civil promueve una actuación transparente, ética y objetiva de los servidores civiles. Los servidores actúan de acuerdo con los principios y valores éticos establecidos en la Constitución y las leyes que requieran la función pública."

3.20. Por lo tanto, según se aprecia de la exposición de motivos del Proyecto de Ley, la propuesta permitirá un mayor control en las designaciones de funcionarios para el desempeño en el cargo que se le va a encomendar. Siendo así, **esto tiene**

⁶ MEZA HURTADO, Artemio Daniel. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional ¿es necesario en el Perú?. P. 148. En: <https://www.pj.gob.pe/vps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>

"De esta forma, afirmarse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Se afirma que éstos son "verdaderos principios y reglas de valor constitucional", esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En nuestro país el Tribunal Constitucional identifica como sinónimos los conceptos de "parámetro de control constitucional" o "bloque de la Constitucionalidad", cuyo contenido lo integran "otras fuentes distintas de la Constitución, en concreto, determinadas fuentes con rango de ley, denominándolas normas sobre la producción jurídica en su vertiente formal es decir sobre la forma de producción jurídica, el procedimiento de elaboración de otras fuentes del mismo rango y también se refiere a las normas sobre el contenido de la regulación, las cuales por encargo del texto constitucional pueden limitar su contenido"





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

vinculación con el principio de probidad en la función pública regulado en la legislación nacional, con el objetivo de que los gobiernos regionales se encuentren conformados con personal cuya conducta predomine un desempeño probo en la función pública, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Derecho fundamental de acceso a la función pública

- 3.21. De acuerdo al Tribunal Constitucional⁹, el derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es **la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública.**
- 3.22. Asimismo, el Tribunal Constitucional¹⁰, entiende que los contenidos de este derecho son los siguientes:
- Acceder o ingresar a la función pública.
 - Ejercerla plenamente.
 - Ascender en la función pública.
 - Condiciones iguales de acceso.
- 3.23. El acceso a la función pública, en cuanto derecho constitucional, vincula a los poderes públicos. En lo que respecta al legislador, **la vinculación negativa le prohíbe afectar el contenido del derecho en su labor de configuración, delimitación y limitación de este derecho;** por otra la vinculación positiva le impone un mandato de desarrollar normas y procedimientos orientados a su pleno ejercicio¹¹.
- 3.24. Asimismo, el acceso en igualdad de condiciones implica la exclusión de motivos constitucionalmente prohibido de discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, de acuerdo al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Ninguno de estos motivos podrían ser considerados razones para el establecimiento de una condición para el acceso a la función pública.
- 3.25. En tal sentido, del Proyecto de Ley se puede verificar las condiciones para el acceso a la función pública del Gerente Regional y los Gerentes Regionales, así como para los funcionarios de confianza de los gobiernos regionales, tales como:
- No tener antecedentes penales por delitos de corrupción.
 - No tener antecedentes judiciales.
 - Denuncias en trámite en el Ministerio Público.

⁹ Fundamento 42 en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

¹⁰ Fundamento 43 en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

¹¹ Fundamento 45 en la sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

- Procesos judiciales en el Poder Judicial.

3.26. Respecto a los antecedentes penales, estos se refieren a las sentencias condenatorias impuestas por los órganos jurisdiccionales¹². Sobre el particular, SERVIR se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"3.6. Tomando en cuenta que la propuesta se encuentra dirigida a adicionar tales exigencias, corresponde analizar su pertinencia en el contexto del marco normativo antes expuesto, dado que la designación de una persona para ocupar un cargo de confianza no deja de ser una modalidad de acceso al empleo.

3.7. En el caso de los antecedentes penales por delitos de corrupción (a los cuales se refiere el proyecto) es posible comprender a los mismos entre los antecedentes penales que ha previsto la LMEP como impedimento, que sin bien -según dicha norma- deben ser aquellos que sean incompatibles con la clase del cargo al que se vaya a acceder, es claro que esta incompatibilidad es perfectamente sostenible respecto de los antecedentes penales por delitos de corrupción para el caso del acceso a un cargo de confianza.

3.8. Por tanto, pudiendo entenderse que tal supuesto específico (antecedentes penales por delitos de corrupción) se encuentra ya comprendido en la regulación vigente y siendo por ello de obligatorio cumplimiento, debe evaluarse hasta qué punto se justifica aprobar el extremo del proyecto normativo que los incluya."

Siendo así, de acuerdo a SERVIR es posible considerar a los antecedentes penales por delito de corrupción entre los antecedentes penales que ha previsto la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.

3.27. Sobre los antecedentes judiciales¹³, estos se refieren al registro de ingresos, egresos, testimonio de condena y otros registros de Resoluciones Judiciales de aquellas personas que son reclusos en un establecimiento penitenciario. Al respecto, SERVIR ha informado lo siguiente:

"3.9. Por otro lado, el proyecto también propone como impedimento el contar con antecedentes judiciales, lo cual, formulado así en forma genérica, no permite dilucidar que estos sean incompatibles o no con la clases del cargo al que se vaya a acceder, que es la condición exigida por la LMEP, razón por la cual el proyecto deberá en este extremo especificar a cuál tipo de antecedente judicial se refiere y justificar en el sentido de lo expuesto su inclusión como impedimento, según lo considere."

3.28. En lo referente a las denuncias en trámite ante el Ministerio Público o procesos judiciales en el Poder Judicial, esto es una limitación en el acceso a la función pública en igualdad de condiciones, por lo que corresponde que esta Oficina General realice el test de razonabilidad y proporcionalidad, que a continuación se desarrollará.

¹² En: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_servicios/as_enlaces_de_interes/as_registro_nacional_condenas

¹³ En: <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=600>



Análisis de razonabilidad y proporcionalidad

3.29. Luego de analizados los derechos fundamentales que son materia de ponderación, es necesario realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional:

- Sobre el **principio de razonabilidad**: La propuesta de que el Presidente Regional se encuentre impedido de nombrar o designar al Gerente General Regional, a los Gerentes Regionales y a los funcionarios de confianza, con denuncias en trámite en el Ministerio Público y procesos judiciales en el Poder Judicial **tiene un fin legítimo constitucional, siendo éste, el principio de probidad en la función pública**; esto se encuentra respaldado en los artículos 39 y 40 de la Constitución Política del Perú y en la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública, la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público y en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil
- **Respecto al principio de idoneidad**, es necesario responder en este caso la siguiente pregunta, *¿conduce el impedimento del acceso a la función pública de funcionarios que se encuentren con denuncias en trámite ante el Ministerio Público y procesos judiciales en el Poder Judicial, a lograr que los gobiernos regionales estén conformados con personal probo¹⁴?*

Desde el punto de vista jurídico, toda persona con proceso en trámite por delitos, se encuentra protegida con el principio constitucional de presunción de inocencia reconocido en el literal e) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, es decir, son inocentes mientras no se demuestre lo contrario en un proceso penal, entonces, en este caso, no se puede deducir que carecería de probidad, es decir, la falta de honestidad y rectitud en el desarrollo de sus actividades en tanto no se demuestre que tiene un conducta delictiva. En tal sentido, **la respuesta a la pregunta que formulamos es negativa, porque no se logra verificar la relación causa-efecto**, es decir, que el impedimento mencionado anteriormente, logre que **los gobiernos regionales estén conformados con personal probo, porque aquellas personas con procesos en trámite, se encuentran protegidos por el principio constitucional de presunción de inocencia, y por ende, no podría presumirse la falta de probidad.**

3.30. En tal sentido, al no sustentarse el principio de idoneidad, no puede avanzarse en los demás ámbitos del test de proporcionalidad.

3.31. Por lo anteriormente analizado, se verifica que el Proyecto de Ley bajo análisis, al disponer el impedimento del nombramiento o designación de funcionarios de los gobiernos regionales que se encuentren con denuncias en trámite ante el Ministerio Público y procesos judiciales en el Poder Judicial, no se encuentra

¹⁴ En el principio de idoneidad, se analiza el objetivo de la propuesta mas no la finalidad. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. Según fundamentos 74 y 79 en la sentencia recaída del Expediente N° 0025-2005-Pi/TC y 0026-2005-Pi/TC.



*"Año del Buen Servicio al Ciudadano"*

justificado, pues carece de fundamento que permita verificar su idoneidad conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que formulamos observaciones de carácter legal al respecto, al verificarse que vulnera la Constitución Política del Perú.

- 3.32. Por ello, siendo que el Proyecto de Ley N° 740/2016-CR, afecta el derecho fundamental de acceso a la función pública en igualdad de condiciones, debe ser confrontado con el test de razonabilidad y proporcionalidad señalado por el Tribunal Constitucional, lo cual en el presente caso, evidencia que al no encontrarse sustentando como la medida idónea para dicha limitación, afecta la Constitución Política del Perú.

Opinión de SERVIR

- 3.33. Mediante el Informe Técnico N° 157-2017-SERVIR/GPGSC, la Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil de SERVIR, ha opinado lo siguiente:

"IV. Conclusiones

4.1. *En virtud de lo establecido en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público y la Directiva N° 001-2014-SERVIR/GDSRH, cuya aplicación es transversal a los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057, las personas que cuenten con inhabilitación administrativa o judicial; y/o que tengan antecedentes penales y policiales, no podrán acceder a un empleo con el Estado.*

4.2. *Es posible considerar a los antecedentes penales por delitos de corrupción entre los antecedentes penales que previsto la LMEP como impedimento para el acceso al empleo, más aún si su incompatibilidad con el cargo al que se vaya a acceder es perfectamente sostenible tratándose de un cargo de confianza.*

4.3. *Por tanto, pudiendo entenderse que tal supuesto específico (antecedentes penales por delitos de corrupción) se encuentra ya comprendido en la regulación vigente y siendo por ello de obligatorio cumplimiento, debe evaluarse hasta qué punto se justifica aprobar extremo del proyecto normativo que los incluya.*

4.4. *Para establecer como impedimento para acceder a un cargo de confianza el contar con antecedentes judiciales, debe justificarse que estos antecedentes resulten incompatibles con el cargo al que se va a acceder.*

4.5. *Tener denuncias o procesos judiciales en curso no configura un impedimento para designar a una persona en un cargo de confianza, dado que corresponde a una situación aún no definida por la autoridad competente.*

4.6. *Para el desempeño de un cargo o puesto de confianza, se debe cumplir con los requisitos que exija dicho puesto; es decir, el perfil requerido para el cargo.*

(...)"





PERÚ

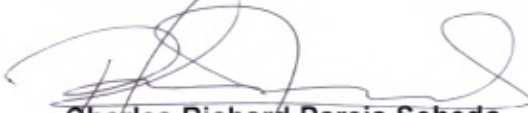
Presidencia
del Consejo de MinistrosSecretaría
GeneralOficina General
de Asesoría Jurídica

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

IV. CONCLUSIÓN:

Por lo anteriormente expuesto, esta Oficina General formula observaciones de carácter legal al Proyecto de Ley N° 740/2016-CR, Ley que modifica el inc. c del artículo 21 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al verificarse que vulnera la Constitución Política del Perú, pues no cumple con el criterio de idoneidad conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad señalado por el Tribunal Constitucional.

Atentamente,



Charles Richard Pareja Sebedo
Abogado - Consultor

El presente informe cuenta con la conformidad de la suscrita.



Sonia Elaine Dávila Chavez
Directora de la Oficina General de Asesoría Jurídica
PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

