

REGLAS PARA ACCEDER AL DERECHO DE DEFENSA Y ASESORÍA DE LOS EX FUNCIONARIOS, FUNCIONARIOS, SERVIDORES, EX SERVIDORES CIVILES, MIEMBROS Y EX MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIALES

Benito Villanueva Haro¹

Fecha de publicación: 02/10/2017

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO. III. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA. IV. CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE ASESORÍA LEGAL PARA LA DEFENSA DE FUNCIONARIOS Y

¹ Abogado con estudios de Doctorado en Derecho (USMP) y Graduado de Maestría en Negocios (USMP. Post Grado en Administración Gerencial, Dirección Funcional e Integración Gerencial (ESAN). Especialista en Derecho Penal de la Función Pública por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Especialista en Contrataciones con el Estado – OSCE. Especialista en Derechos Humanos por American University Law Washington College Of Law y la USMP. Especialista en Procesal Penal por la Universidad Católica de Chile y la USMP. Arbitro. Experiencia Profesional como Asesor Legal Auditoria Interna del Banco de la Nación, Marina de Guerra del Perú, Dirección General de Capitanías y Guardacostas, Ministerio de Defensa, Asesor Laboral en COFOPRI – Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Asesor Legal de la FENAPEBAN. Consultor de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Gerente General de la MICROFINANCIERA SERVICOOOP BN. Expositor en Temas Financieros, Corporativos y Ventas al Estado en la Cámara de Comercio de Chiclayo, Cámara de Comercio Huancayo Cámara de Comercio Tacna, Cámara de Comercio Ayacucho, Municipalidad de Lima, Municipalidad de San Miguel, Municipalidad de Ate, Municipalidad de Los Olivos, Municipalidad de San Martín, Municipalidad de San Luis, Municipalidad de Miraflores, Municipalidad de Comas, Poder Judicial, Colegio Abogados del Callao, Profesor en la Academia de Práctica Forense en el Colegio de Abogados de Lima. Docente e Investigador Universitario. Supervisor Consultor en Asuntos Legales y Procesos Judiciales de DICAPI - MGP. Asesor en la Oficina de Asesoría Jurídica del Congreso, Asesor de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso, Asesor en la Comisión Especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana del Congreso. Ex Regidor y Presidente de Comisión de Seguridad Ciudadana y Defensa Civil de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Actualmente Subgerente de Cooperación Técnica Internacional de la Gerencia de Planificación de la MML.

SERVIDORES. V. CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE ASESORÍA LEGAL PARA LA DEFENSA DE MIEMBROS Y EX MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. VI. ANÁLISIS Y CRÍTICA A LA DIRECTIVA N° 004-2015-SERVIR/GPGSC. VII. PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD ANTE LA ENTIDAD. VIII. PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD ANTE EL MINISTERIO DE DEFENSA O DEL INTERIOR, SEGÚN EL D.S. 022-2008-DE/SG. IX. PREGUNTAS Y PROPUESTAS X. CONCLUSIONES.

Resumen: El presente trabajo de investigación se abordaran las reglas para acceder al derecho de defensa y asesoría de los ex funcionarios, funcionarios, servidores, ex servidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, definiremos la Contratación Directa y su procedimiento de aprobación, las causales de admisibilidad y procedencia para el otorgamiento del derecho en mención, evidenciaremos el infeliz desorden normativo que ha tenido esta regulación, entre otros aspectos se propone que en los casos de flagrancia y cuasi-flagrancia de delitos contra la administración pública se declare la improcedencia de la solicitud de este derecho.

Palabras clave: Reglas para acceder al derecho de defensa y asesoría - Contratación pública – Contratación directa – Nueva Ley de Contrataciones del Estado - ex funcionarios – funcionarios – servidores - ex servidores, miembros de las fuerzas armadas y policiales.

Abstract: This research will address the rules for access to the right of defense and advice of former officials, civil servants, servers, ex-servants, members and former members of the armed forces and police, we will define Direct Contracting and its approval procedure, the causes of admissibility and provenance for the granting of the right mentioned, we will show the unfortunate regulatory disorder that has had this regulation, among other things it is proposed that in cases of flagrancy and quasi-flagrancy of crimes against the public administration declare the inadmissibility of the request for this right.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su modificatoria (en adelante, la LCE), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015 y su modificatoria (en adelante, el Reglamento), tiene el multipropósito de lograr la eficiencia en el gasto a través de una adecuada gestión por resultados que permita ejecutar el íntegro del presupuesto para el cumplimiento de los fines públicos a través de la Licitación Pública, el Concurso Público, la Adjudicación Simplificada, la Selección de Consultores Individuales, la Comparación de Precios, la Subasta Inversa Electrónica (Regla General - Con procedimiento de selección) y la Contratación Directa (Regla Especial - Sin procedimiento de selección).

Actualmente, las contrataciones públicas están siendo sometidas a un riguroso control en las actuaciones de los ex funcionarios, funcionarios, ex servidores, servidores (en adelante funcionarios y servidores) y proveedores de las distintas entidades, motivados por los casos de corrupción vinculados a la empresa ODEBRECHT, CAMARGO CORREA, ANDRADE GUTIERREZ, GRAÑA Y MONTERO, QUEIROZ GALVAO, OAS, ENGEVIX, UTC INGENIERIA, entre otras.

Como consecuencia de ello, los procuradores públicos vienen denunciando y demandado a funcionarios y servidores de entidades, instituciones y organismos del Poder Ejecutivo, por la validez y legalidad de sus actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones.

II. MARCO NORMATIVO

Constitución Política del Perú de 1993.

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001, y sus modificatorias. (en adelante LPAG)

El Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

El Decreto Legislativo N° 1023, publicado el 21 de junio de 2008, creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, como ente rector del

Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos. (en adelante DL SERVIR).

La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, publicado el 4 julio de 2013, aprobó el Régimen del Servicio Civil, el cual establece en el literal I) del artículo 35° como un derecho individual del servidor público a "Contar con la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad." (en adelante la LSC)

El Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, publicado el 13 de junio de 2014, aprobó el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, el cual establece en el artículo 154 que la defensa y asesoría se otorga a pedido de parte, previa evaluación de la solicitud y si al finalizar el proceso, el beneficiario resultara responsable, deberá reembolsar el costo del asesoramiento y de la defensa. (en adelante el RLSC)

La Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 11 de julio de 2014, establece en su artículo 27 inc. k, la modalidad de contratación directa para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, a los que se refiere el Decreto Supremo N° 018-2012-PCM, el Decreto Supremo N°018-2008-DE/SG y otras normas sobre defensa de funcionarios, o normas que los sustituyan.

El Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, publicado el 10 de diciembre de 2015, establece en su **artículo 85 inc.6** las condiciones para el empleo de la contratación directa en el supuesto de servicios personalísimos "En este supuesto pueden contratarse servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos brindado por personas naturales, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente: a) Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual. b) Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación. Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente numeral no son materia de subcontratación", **el artículo 86** establece que "la potestad de aprobar las contrataciones es indelegable salvo en los literales e), g), j), **K**), l) y m) del

artículo 27 de la Ley. La resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, que apruebe la contratación directa requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa. Las resoluciones o acuerdos mencionados en el párrafo precedente y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el inciso d) del artículo 27 de la Ley, se publican a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda. Se encuentra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia. En las contrataciones directas no se aplican las contrataciones complementaria (...)” y el **Artículo 87.-** Procedimiento para las contrataciones directas Una vez aprobada la contratación directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales deben contener como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), m) y o) del numeral 1 del artículo 27. La oferta puede ser obtenida, por cualquier medio de comunicación. Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas deben cumplir con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento. El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la Ley y el presente Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución.

El Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 13 de enero de 2017, modifica de la siguiente forma, el **Artículo 5.** Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión 5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley: a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. **Artículo 8.** Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones. 8.2 El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales

de obra. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A de la presente Ley y los otros supuestos que establece en el reglamento.

Artículo 27. Contrataciones Directas (...) k) Para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de **funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales**, por actos funcionales, a los que se refieren las normas de la materia. (...) m) Para contratar servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados.

El Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado,

Artículo 85.- Condiciones para el empleo de la contratación directa inc. 6. Servicios personalísimos En este supuesto pueden contratarse servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos brindado por **personas naturales**, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente: a) Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual. b) Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación. Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente numeral no son materia de subcontratación.

Ley N° 30225	Decreto Legislativo N° 1341
<p>Artículo 27. Contrataciones Directas (...) k) Para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, a los que se refieren el Decreto Supremo 018-2002-PCM, el Decreto Supremo 022-2008-DE-SG y otras normas sobre defensa de funcionarios, o normas que los sustituyan. (...)</p>	<p>Artículo 27. Contrataciones Directas (...) k) Para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores-ø, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, por actos funcionales, a los que se refieren el Decreto Supremo 018-2002-PCM, el Decreto Supremo 022-2008-DE-SG y otras las normas sobre defensa de funcionarios, o normas que los sustituyan. de la materia</p>

<p>m) Para contratar servicios educativos de Capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan.</p> <p>(...)</p>	<p>(...)</p> <p>m) Para contratar servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las de interés institucional con entidades educativas que los brindan. autorizadas u organismos internacionales especializados.</p> <p>(...)</p>
---	--

La Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, publicada el 27 de mayo de 2003, dispone en su artículo 11°.- **RESPONSABILIDADES, IMPEDIMENTOS Y DERECHOS DE LOS REGIDORES.**- Los regidores son responsables, individualmente, por los actos violatorios de la ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, a menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas.

El Decreto Supremo N° 018-2002-PCM, Artículo 1 dispone que “Las entidades, instituciones y organismos del Poder Ejecutivo podrán contratar servicios especializados en asesoría legal, en el caso que sus funcionarios o servidores sean demandados administrativa, civil o penalmente por actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones. Estos servicios podrán también ser contratados para funcionarios o servidores que a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto Supremo hayan cesado en sus cargos y que sean demandados por los actos, omisiones o decisiones tomadas en el ejercicio de sus cargos.”

El Decreto Supremo N° 022-2008-DE/SG, Artículo 1 dispone la “Defensa Legal de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional” El Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior brindarán, respectivamente, defensa legal a los miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, disponibilidad o retiro y personal de tropa licenciada, así como al personal de la Policía Nacional en situación de actividad, disponibilidad o retiro, que se encuentren comprendidos o involucrados en investigaciones y/o denuncias ante el Ministerio Público, o procesos judiciales ante el fuero común por presunta comisión de delitos contra los derechos humanos, en el ejercicio regular de sus funciones.

El Decreto Supremo N° 041-2014-PCM, publicado el 13 de junio de 2014, el Reglamento del Régimen Especial para Gobiernos Locales, obedece a lo dispuesto en la Undécima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, que dispuso un régimen especial para las municipalidades que cuentan hasta con 20 personas, con condiciones, requisitos, procedimientos y metodologías especiales procurando la simplificación de los procedimientos del Servicio Civil. (en adelante el REGL)

La Directiva N° 004-2015- SERVIR/GPGSC, publicada el 22 de octubre de 2015, aprobó las "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles" el cual regula las disposiciones para la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín de los servidores y ex servidores civiles de las entidades públicas, en procesos que se inicien por decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones; ello de conformidad con la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, y su Reglamento General. (en adelante la Directiva).

El Tribunal Constitucional mediante la STC Exp. N° 01159-2014-PHC/TC, declaró fundada la demanda de hábeas corpus (conversión al amparo) interpuesta por Rafael Rey, Ministro de Defensa entre julio de 2009 y setiembre de 2010, contra los miembros de la Comisión de Defensa Legal del Ministerio de Defensa, por la supuesta comisión del delito de colusión desleal agravada, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM. Solo declaró fundada la demanda en el extremo referido a la vulneración del derecho a contar con los medios y el tiempo adecuados para la preparación de su defensa, pues advirtió que el Ministerio de Defensa actuó en forma deficiente al resolver el pedido del demandante amparado por el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM.

III. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA

La contratación directa es un procedimiento administrativo sumario, público (se publica en el SEACE- principio de transparencia), directo, formal, simplificado, semi –concurrential (puede optarse por una mejor alternativa que no afecte presupuestalmente a la entidad – Indubio Pro Sociedad y que garantice la satisfacción de los fines e intereses públicos maximizando el mejor uso de los recursos públicos), diferente a otras modalidades de contratación (no existe las observaciones y consultas) y es inapelable la decisión de contratar directamente conforme lo establece el art. 96 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley N° 30225.).

La contratación directa se realiza con:

1. El Informe Técnico del área usuaria (AU) el cual determinará la causal y justificará la necesidad para la contratación de bienes, servicios y obras.
2. El Informe Técnico del Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) o quien haga sus veces, decidirá la procedencia de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y deberá incluirlo en el Plan Anual de Contrataciones.
3. El Informe Técnico Legal de la Oficina de Asuntos Jurídicos (OAJ) o quien haga sus veces evaluará que se hayan cumplido con las normas de la materia.
4. La propuesta económica del proveedor. (PEP)
5. Resolución del Titular de la Entidad o Acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio de las empresas del Estado que aprueba la contratación directa según corresponda sin perjuicio de lo mencionado, el Titular de la Entidad puede delegar la contratación directa, mediante resolución al siguiente nivel de decisión. Aprobada la contratación, la Entidad del Estado invita a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases.
6. El contrato. La suscripción por parte del proveedor de los servicios personalísimos (el cual solo podrá ser prestado por persona natural, la ley ha restringido el acceso al mercado de la contratación pública a las personas jurídicas que tienen un marca reconocida en el mercado afectando con el principio de libre concurrencia) y la entidad del Estado.
7. SEACE. Aprobada la contratación Directa se publicará a través del SEACE dentro de los 10 días hábiles siguientes a su emisión o adopción salvo secreto, secreto militar u orden interno
8. Culminación de la contratación directa, es cuando se perfecciona el contrato y/o se cancela el procedimiento, se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causal imputable a la entidad o no se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 114° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley N° 30225.

IV. CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE ASESORÍA LEGAL PARA LA DEFENSA DE FUNCIONARIOS Y SERVIDORES

El artículo 27°, literal k) de la LCE, en concordancia con el artículo 85° inciso 6 del Reglamento de la LCE, regulan la contratación de servicios de asesoría legal especializada para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, previstos en los siguientes

dispositivos: a) Decreto Supremo N° 018-2002-PCM. b) Decreto Supremo N° 022-2008-DE/SG. c) Otras normas especiales que puedan ser aprobadas en la materia. d) Las normas que sustituyan. Alcanza a los funcionarios públicos, aun cuando a la fecha de inicio del proceso hayan dejado de prestar sus servicios sin que establezca límite de tiempo para lo cual se deberán observar las reglas de caducidad y prescripción de acuerdo a la materia en litigio.

Sus etapas son las siguientes:

1. Solicitud al Titular de la entidad, institución u organismo público del Poder Ejecutivo, la asesoría legal correspondiente.
2. La entidad, institución u organismo respectivo, solicitará informe a su Oficina de Asesoría Jurídica o quien haga sus veces sobre la admisibilidad y procedencia del derecho conforme a las normas de la materia.
3. El Informe de Asesoría Jurídica deberá expedirse en un plazo no mayor de cinco días contados desde la fecha de su recepción.
4. La entidad correspondiente deberá resolver en un plazo no mayor a 15 días hábiles, contados desde la presentación de todos los requisitos exigidos en la norma de la materia. Vencido dicho plazo sin pronunciamiento de la entidad, se aplicará el silencio administrativo positivo, pudiendo el solicitante considerar aprobada su petición.
5. Una vez declarada la procedencia de la solicitud, mediante resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado que apruebe la contratación directa, se encuentra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización conforme lo establece el artículo 86 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
6. Una vez tomada la decisión favorable, la Oficina de Asesoría Jurídica realizará el requerimiento respectivo a la Oficina General de Administración o a quien haga sus veces para la contratación del servicio correspondiente, debiendo publicar las resoluciones o acuerdos mencionados en el SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda. A fin de lograr publicidad en las contrataciones es recomendable conocer el nombre de la persona y el monto.

V. CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS DE ASESORÍA LEGAL PARA LA DEFENSA DE MIEMBROS Y EX MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

En el procedimiento establecido por el Decreto Supremo N° 022 -2008-DE/SG, para acceder a la Defensa legal de los miembros y ex miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante FF.AA) y de la Policía Nacional del Perú (en adelante PNP), a través de la Contratación Directa, está condicionada a que estos se encuentren involucrados en investigaciones y/o denuncias ante el Ministerio Público, o procesos judiciales ante el fuero común, por presunta comisión de delitos contra los derechos humanos, además que estas se den en el ejercicio regular de sus funciones.

Al respecto, es necesario señalar que las FF.AA del Perú se encuentra conformada por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea, cuya finalidad es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República, mientras que la PNP se encarga de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, a su vez previene, investiga y combate la delincuencia.

En relación al fuero común, debe tenerse en cuenta que los miembros en actividad o retiro de las FF.AA y de la PNP, están sujetos a ser parte de 3 procesos al mismo tiempo:

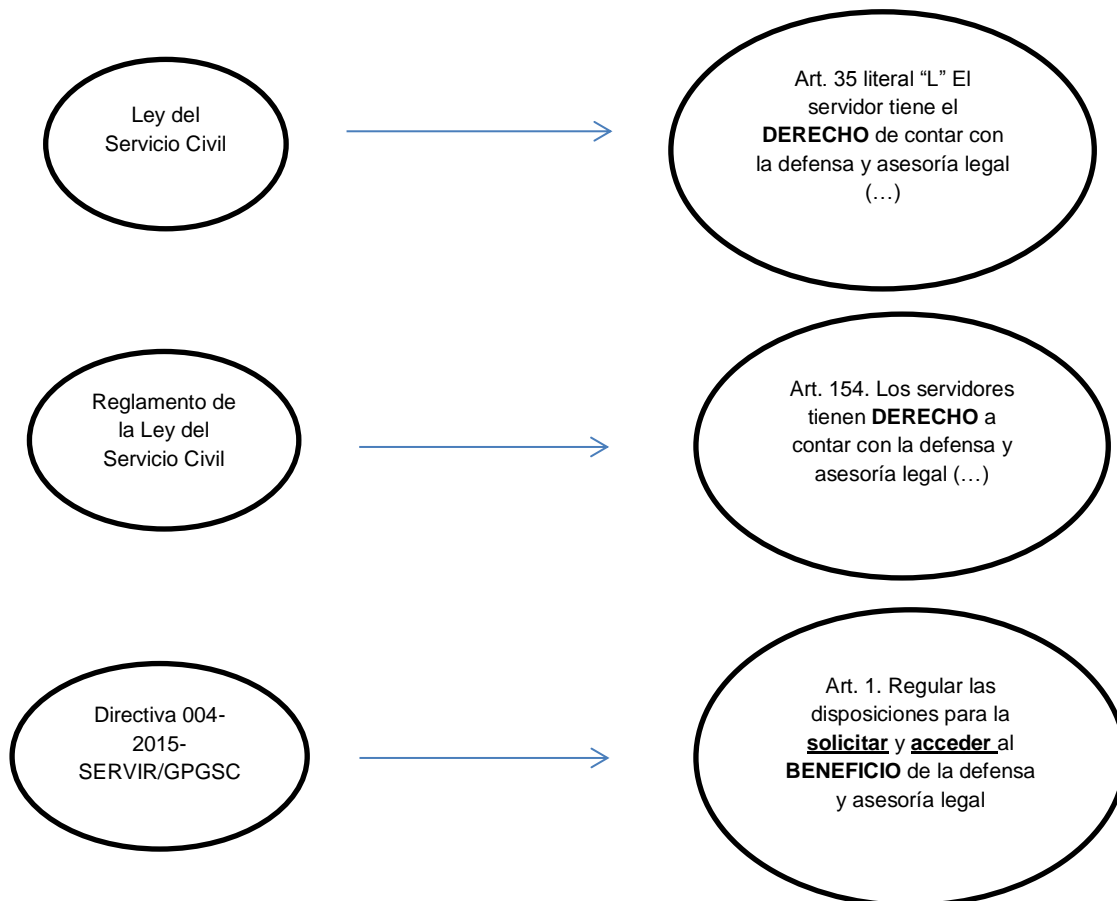
1. Un procedimiento disciplinario, con el que se busca determinar si el efectivo de las FF.AA o de la PNP, es pasible de la imposición de una sanción, entendida como una acción correctiva, disciplinaria y ejemplificadora, impuesta por su Superior Jerárquico.
2. Un proceso en el Fuero Militar Policial, que constituye una jurisdicción distinta a la del Poder Judicial, a cargo de Inspectoría Militar, se encuentra regulado en el artículo 173° de la Constitución Política de 1993, donde su defensa es asumida por un Defensor Público.
3. Un proceso judicial en el Fuero Común, impulsado por el representante del Ministerio Público, cabe señalar que el Estado garantiza su Derecho de Defensa asignándole un Defensor Público, en caso este no cuente con los recursos para financiar su Defensa a través de un Defensor Privado.

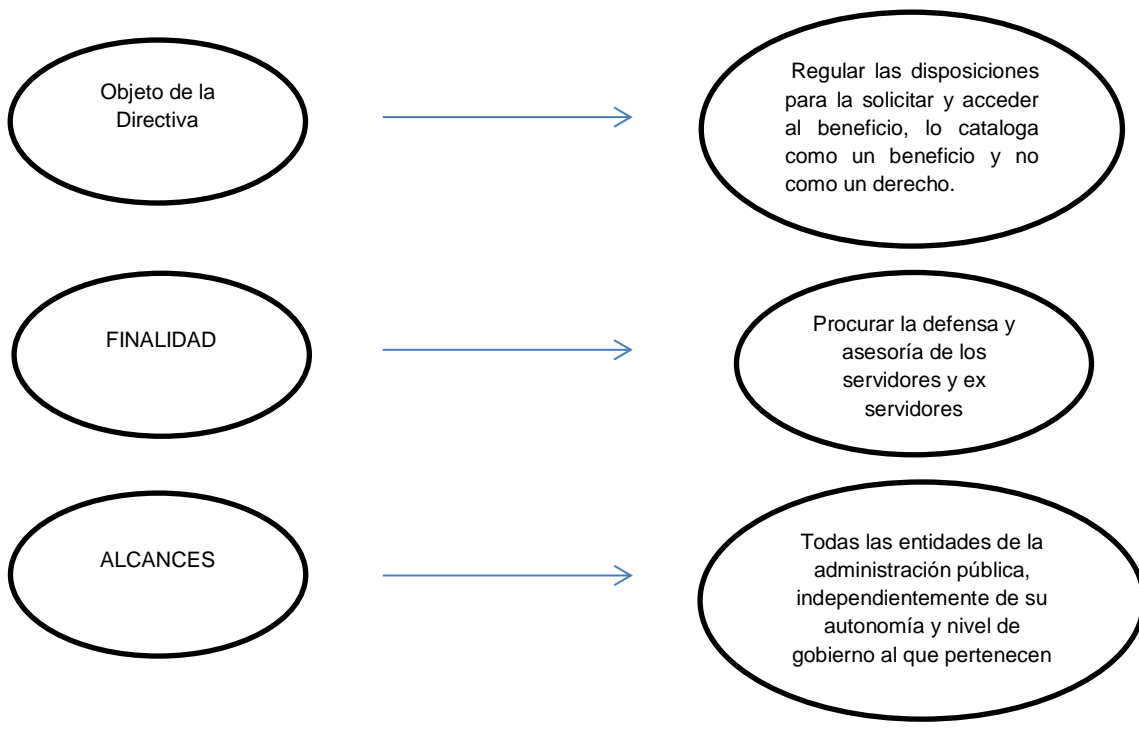
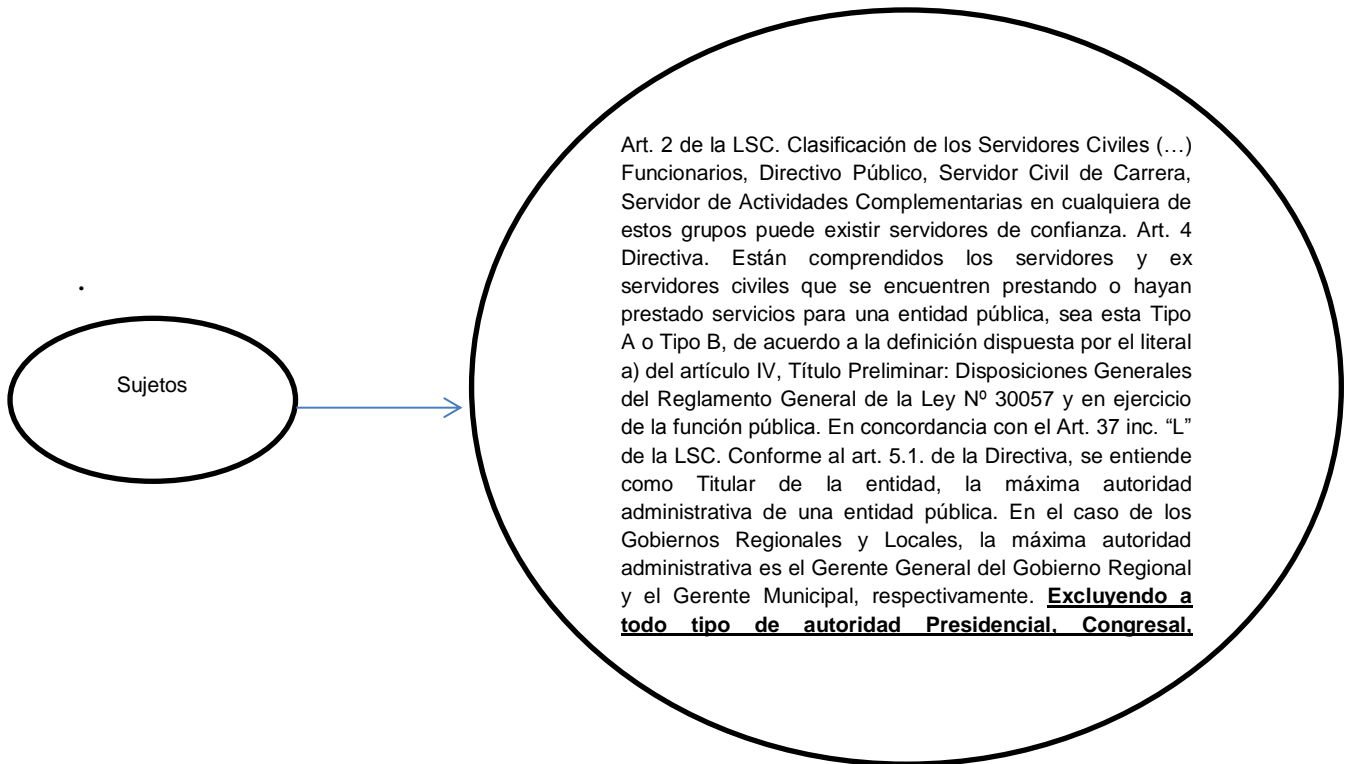
Al respecto, el efectivo, a fin de garantizar una defensa adecuada, esta puede ser asumida por un defensor público o asumir por cuenta propia los

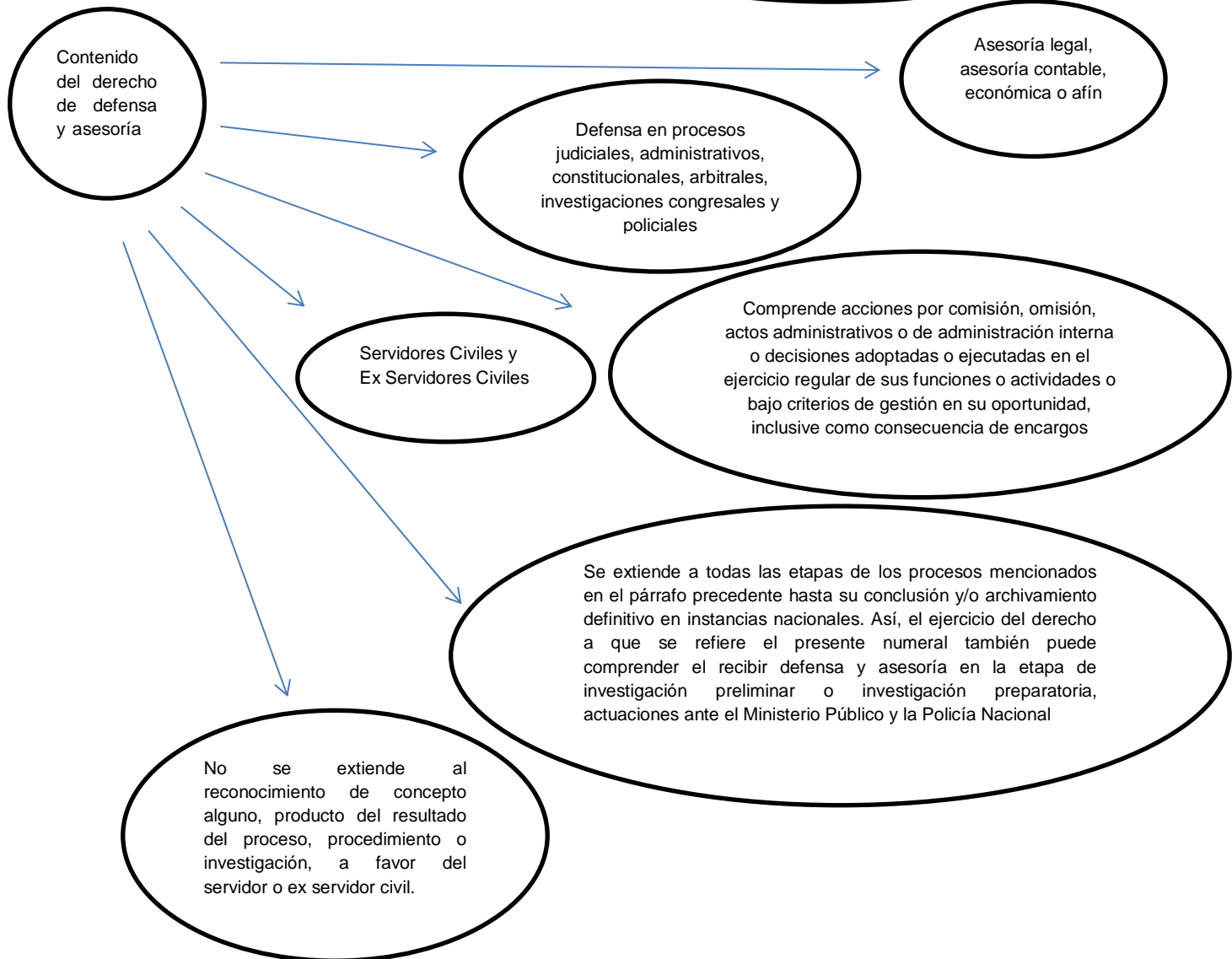
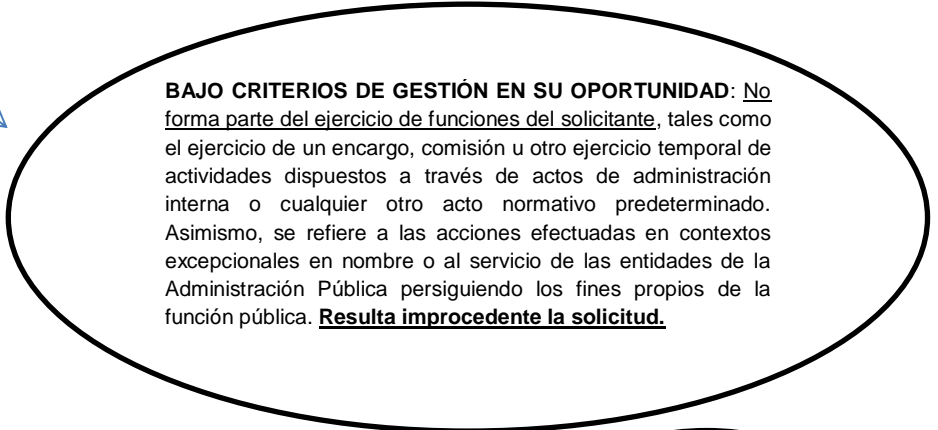
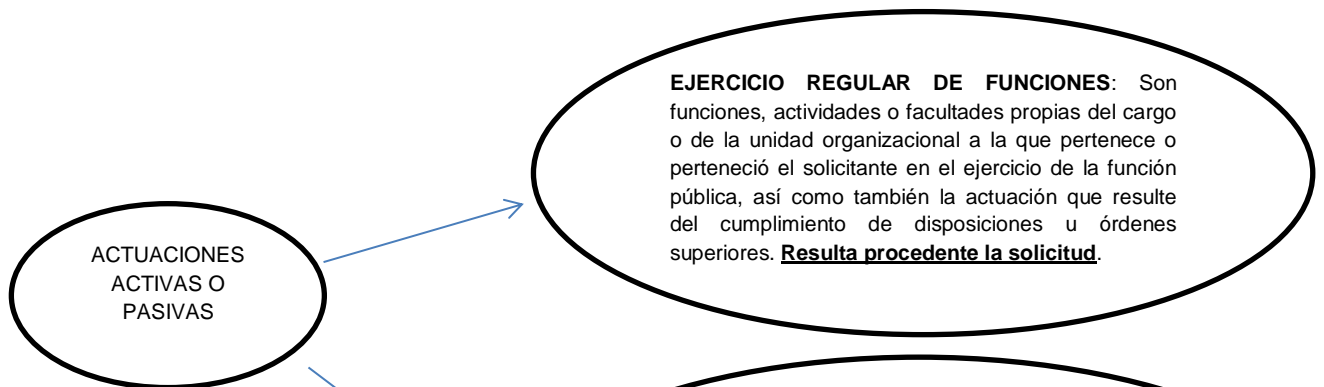
gastos, pese a estar bajo los alcances del D.S. 022-2008-DE/SG, el Decreto Legislativo N°1341, que modifica la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado y el D.S. 350-2015, Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado, para acceder al Derecho de Defensa a través de la denominada Contratación Directa, que permite acceder a un defensor o asesor legal con cargo a los recursos de la entidad donde prestan el servicio.

VI. ANÁLISIS Y CRÍTICA A LA DIRECTIVA N° 004-2015-SERVIR/GPGSC

Mientras la Ley del Servicio Civil y su Reglamento reconocen un derecho del servidor el contar con la defensa y asesoría, la Directiva lo categoriza como un beneficio y no un derecho, debiéndose corregir.







La Directiva ha tenido un orden poco feliz, habiendo empezado por las causales de improcedencia, seguido de los requisitos de admisibilidad y continuando con el trámite de la solicitud, en el presente trabajo, ordenaremos lo anotado de la siguiente forma:

VII. PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD ANTE LA ENTIDAD

Presentación de solicitud (GRATUITO) dirigida al titular de la entidad ante la Oficina de Trámite Documentario o quien haga sus veces (en adelante OTD), puede estar firmada por abogado.

REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA SOLICITUD

El solicitante debe presentar ante la OTD, los siguientes documentos:

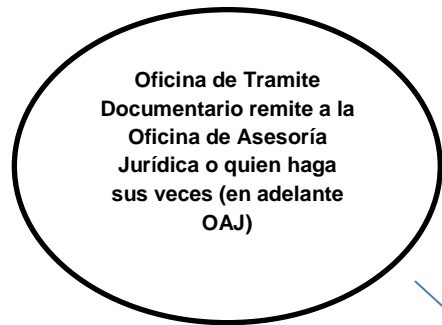
a) Solicitud dirigida al Titular de la entidad, con carácter de declaración jurada, conteniendo los datos completos de identificación, domicilio real, precisando su condición de servidor o ex servidor civil, datos del expediente del procedimiento, proceso o investigación respectivo, una narración de los hechos, copia de la notificación o comunicación recibida, calidad del emplazamiento y mención expresa de que los hechos imputados están estrictamente vinculados a omisiones, acciones o decisiones en el ejercicio regular de sus funciones o bajo criterios de gestión que en su oportunidad como servidor civil o ex servidor civil adoptó, derivadas del ejercicio de la función pública (ver Anexo 1).

a) Compromiso de reembolso por medio del cual el solicitante se compromete a devolver el costo de asesoramiento y de la defensa, si al finalizar el proceso se demuestra su responsabilidad (ver Anexo 2), de acuerdo a las condiciones que establezca la entidad.

b) Propuesta de servicio de defensa o asesoría precisando si esta se solicita por todo el proceso o por alguna etapa. Cuando se proponga un determinado defensor o asesor deberá señalarse las razones de dicha propuesta, así como el monto estimado de los respectivos honorarios profesionales propuestos (ver Anexo 3).

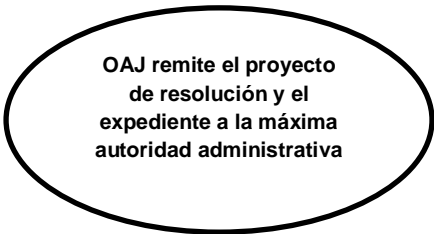
c) Compromiso de devolver a la entidad los costos y las costas determinados a su favor, en caso no resulte responsable en el procedimiento, proceso o investigación y siempre que dicho pago haya sido ordenado por la autoridad competente. Dicha devolución se realiza a la entidad correspondiente, en el plazo de diez (10) días hábiles, contado a partir del momento en que la parte vencida haya efectuado el pago dispuesto por la autoridad competente. (ver Anexo 4). Se entiende por costas y costos lo señalado en los artículos 410 y 411 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.

Los documentos presentados tendrán la calidad de declaración jurada para todos los efectos legales que correspondan, conforme a la presunción de veracidad contenida en el artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y por consiguiente sujetos a verificación.



CUMPLE. La OAJ solicita los antecedentes del solicitante a la Oficina de Recursos Humanos o quien haga sus veces (en adelante ORH) o cualquier otra documentación a otras entidades o áreas competentes de la entidad así como información sobre el estado del proceso, procedimiento o investigación o etapa procesal en la que se encuentre, a fin de evaluar la solicitud, debiendo las áreas competentes de la propia entidad remitir lo solicitado en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles. Una vez recibida la información solicitada, la OAJ en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, emite opinión sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia de la solicitud planteada, prepara el proyecto de resolución y eleva todo el expediente a la máxima autoridad administrativa para resolver, en el caso de gobierno regionales, provinciales y locales se pone al conocimiento del concejo respectivo, estos no toman la decisión sobre la procedencia en razón a carecer de funciones administrativas.

NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS. Se otorga un plazo máximo de dos (2) días hábiles desde que es requerido. De no subsanar, se considera no presentada y los recaudos se ponen a disposición del solicitante para que los recabe en la Oficina de Tramite Documentarios o quien haga sus veces, sin perjuicio de presentar nueva solicitud. El plazo es perverso al ser demasiado breve para subsanar las observaciones, debería ser 7 días hábiles.



El Titular de la entidad mediante resolución administrativa expresará la procedencia o no de la autorización del otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría y disponiendo que los órganos competentes adopten las acciones para la ejecución de los gastos respectivos. La directiva se equivoca al señalar que la resolución otorga un beneficio, lo correcto es que otorga un derecho.

Aprobada la solicitud por la OAJ, este realiza el requerimiento a la Oficina General de Administración o a quien haga sus veces (en adelante OGA) para la contratación del servicio

La OGA realiza la contratación directa de los servicios de defensa y asesoría conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley N° 30225, artículo 27 inc. K en concordancia con el artículo 85 inc. 6 y artículo 86 del Reglamento de la Ley, Decreto Supremo N°350-2015-EF. Se financia con cargo al presupuesto de la entidad, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Es necesario que todos los actos de la contratación directa se encuentren debidamente publicados en el SEACE, la Directa debió establecerlo sin embargo se aplicará la Ley por ser de mayor jerarquía.

Se puede contratar por etapas atendiendo a la naturaleza de los procedimientos, procesos o investigaciones

La OGA tomará las previsiones que resulten necesarias para la cobertura de las contingencias que se deriven de los procesos respectivos.

En caso exista conflicto de intereses, el servidor o ex servidor civil podrá solicitar la contratación de un nuevo servicio de defensa o asesoría. En este punto, anotar que el conflicto podría darse por temas de consanguinidad o afinidad con algún policía, fiscal, juez, congresista, ministro, alcalde, procurador entre otros funcionarios que puedan influenciar en la decisión en cualquier procedimientos, procesos o investigaciones. Véase los impedimentos establecidos en el artículo 11 del Decreto Legislativo N°1341 que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

INTERVENCIÓN DEL PROCURADOR AD HOC

El informe de la OAJ que otorga conformidad y viabilidad para la contratación directa de la defensa y asesoría del servidor o ex servidor civil debe también pronunciarse respecto a la cautela de los intereses de la entidad con la finalidad de evaluar la intervención de Procuradores Ad Hoc en el proceso correspondiente

El Titular de la entidad podrá solicitar al Consejo de Defensa Jurídica del Estado, conforme a su normativa, que se nombren procuradores ad hoc en los casos en los que sus servidores o ex servidores civiles sean denunciados por actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio de sus funciones o bajo criterios de gestión en su oportunidad, con el objetivo de constituirse en el proceso y cautelar los intereses de la entidad sustentando su decisión en el informe admisibilidad y procedencia de la OAJ.

Silencio Administrativo Positivo y Responsabilidad Administrativa por la inacción o demora en emitir la resolución

La resolución de procedencia o improcedencia no debe exceder del plazo de quince (15) días hábiles de recibida la solicitud por la entidad. Vencido dicho plazo, sin pronunciamiento expreso de la entidad, el servidor o ex servidor considerará aprobada su solicitud (**silencio administrativo positivo**), sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que pudiera corresponder al servidor civil que incurrió en demora o inacción. En el caso que el Titular de la entidad sea el que solicite la defensa y asesoría, se aplica de manera supletoria el numeral 3) del artículo 88° de la Ley N° 27444, así como el procedimiento previsto en los artículos 89° y 90° de la Ley N° 27444.

Cuando el Titular de la entidad sea el que solicite la defensa y asesoría se aplica las normas correspondientes a la abstención

Se aplica de manera supletoria el numeral 3) del artículo 88°, así como el procedimiento previsto en los artículos 89° y 90° de la Ley N° 27444 y sus modificatorias.

CAUSALES DE PROCEDENCIA

Solicitud expresa conteniendo los requisitos de admisibilidad y que haya sido citado o emplazado formalmente en calidad de denunciado, investigado, procesado, imputado, demandado, testigo, tercero civilmente responsable o para la actuación de alguna prueba, dentro de alguno de los procesos, investigaciones o procedimientos previos mencionados en el numeral 5.2 del artículo 5 de la presente Directiva. Los hechos vinculados al servidor o ex servidor civil en el proceso o investigación deben estar relacionados a una omisión, acción o decisión realizada en el ejercicio regular de sus funciones o actividades o bajo criterios de gestión en su oportunidad, como está definido en los numerales 5.1.1 y 5.1.2 del artículo 5 de la presente Directiva; derivadas del ejercicio de la función pública

CAUSALES DE IMPROCEDENCIA

a) Cuando el solicitante no tenga la calidad de denunciado, investigado, procesado, imputado, demandado, testigo, tercero civilmente responsable - de ser el caso- o no haya sido citado para la actuación de alguna prueba en los procesos, procedimientos previos o investigaciones a que se refiere el contenido del derecho defensa y asesoría.

b) Cuando el solicitante no obstante tener la calidad de denunciado, investigado, procesado, imputado, demandado, testigo, tercero civilmente responsable - de ser el caso- o haya sido citado para la actuación de alguna prueba en los procesos, procedimientos previos o investigaciones a que se refiere el contenido del derecho defensa y asesoría, los hechos imputados no estén vinculados a omisiones, acciones o decisiones en el ejercicio regular de sus funciones o bajo criterios de gestión en su oportunidad como servidor civil o ex servidor civil de la respectiva entidad, derivadas del ejercicio de la función pública.

c) Cuando se trate de procesos o investigaciones que pretendan ser impulsados en calidad de demandante o denunciante por el propio servidor o ex servidor civil en contra de terceros o de la entidad en la que presta o prestó servicios.

d) Cuando la investigación o proceso, objeto de la solicitud ya se encuentre resuelto o archivado con resolución administrativa que haya causado estado, laudo arbitral firme o sentencia consentida o sentencia ejecutoriada.

e) Otras que se señalen posteriormente por norma específica.

Supervisión

La entidad por medio de sus órganos competentes supervisará el cumplimiento estricto del contrato u orden de servicio según corresponda, pudiendo solicitar informes sobre la estrategia especializada, avances del caso, diligencias, entre otros.

Anualmente, la OGA, en coordinación con el órgano competente, debe evaluar el servicio contratado para aquellos casos que superen un ejercicio presupuestal, a efectos de programar oportunamente su continuidad.

REEMBOLSO

El reembolso del monto abonado por concepto de honorarios profesionales por la asesoría profesional prestada y la defensa legal (en adelante reembolso) **soló procede** cuando finalizar el proceso, procedimiento o investigación se determina la responsabilidad a cargo del servidor o ex servidor civil debiéndose requerir previamente mediante comunicación escrita, por la OGA.

En caso de incumplimiento de reembolso ante el requerimiento, la OGA remitirá copia de los antecedentes al Procurador Público de su entidad o del sector correspondiente para el inicio de las acciones legales que pudieren tener lugar.

La OGA queda facultada a adoptar las medidas que correspondan para el recupero del monto, en coordinación con la OAJ o la Procuraduría Pública, según corresponda.

Calculo del Monto Integral del Reembolso

Se determinará hasta la efectiva conclusión y/o archivamiento del proceso, procedimiento o investigación que da como responsable al servidor o ex servidor civil, a su vez se incluye las costas (están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso) y los costos (son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.)

La conclusión se produce en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la decisión ha quedado consentida o ejecutoriada o,
- b) Cuando se han resuelto los recursos de impugnación presentados ante otras instancias, etapas, o autoridades competentes, y siempre que sean por los mismos hechos por los que se aprobó la defensa y asesoría.

Conclusión del proceso, procedimiento investigación

La conclusión se produce en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la decisión ha quedado consentida o ejecutoriada o,
- b) Cuando se han resuelto los recursos de impugnación presentados ante otras instancias, etapas, o autoridades competentes, y siempre que sean por los mismos hechos por los que se aprobó la defensa y asesoría.

**DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS
FINALES DE LA
DIRECTIVA**

Primera.- Regímenes especiales Lo dispuesto en la presente Directiva es de aplicación supletoria a las disposiciones que respecto al derecho de defensa y asesoría hayan sido aprobadas en el ámbito de las carreras especiales, a que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057.

Segunda.- Norma supletoria En todo aspecto no previsto en la presente Directiva se aplica de manera supletoria las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

Tercera.- Implementación progresiva A partir de la entrada en vigencia de la presente directiva, las entidades de la administración pública deberán adecuar progresivamente sus procedimientos sobre asesoría legal y defensa judicial para servidores o ex servidores civiles a las estipulaciones señaladas en el presente instrumento normativo, incluso respecto de aquellas solicitudes de asesoría legal y defensa judicial en trámite

**VIII. PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD
ANTE EL MINISTERIO DE DEFENSA O DEL INTERIOR,
SEGÚN EL D.S. 022-2008-DE/SG**

La solicitud se presenta directamente en Mesa de Partes de la Oficina de Trámite Documentario del Ministerio correspondiente, por el interesado o mediante representante

**REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE
LA SOLICITUD**

Las solicitudes que se presenten al Ministerio de Defensa o al Ministerio del Interior deberán ajustarse a las siguientes exigencias administrativas:

- a) Indicación expresa que la investigación, denuncia o proceso penal, según corresponda, se esté tramitando ante el fuero común.
- b) Que se trate de delitos cometidos en el ejercicio regular de sus funciones.
- c) Inclusión de datos completos de identificación del solicitante, datos del expediente respectivo y una narración de los hechos.

Los datos consignados en la solicitud, se encontrarán sujetos a una fiscalización posterior respecto de su veracidad y exactitud, por lo que de incurrirse en falsedad, se dará inicio a las acciones legales de carácter administrativo, civil o penal, de acuerdo a la normatividad vigente.

PLAZOS

Las solicitudes deberán ser resueltas en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles de presentadas. Vencido dicho plazo sin pronunciamiento de la entidad, se aplicará el silencio administrativo positivo, pudiendo el solicitante considerar aprobada su petición.

Mesa de partes derivará la Solicitud a la Comisión de Defensa Legal del Ministerio de Defensa o del Interior, según corresponda

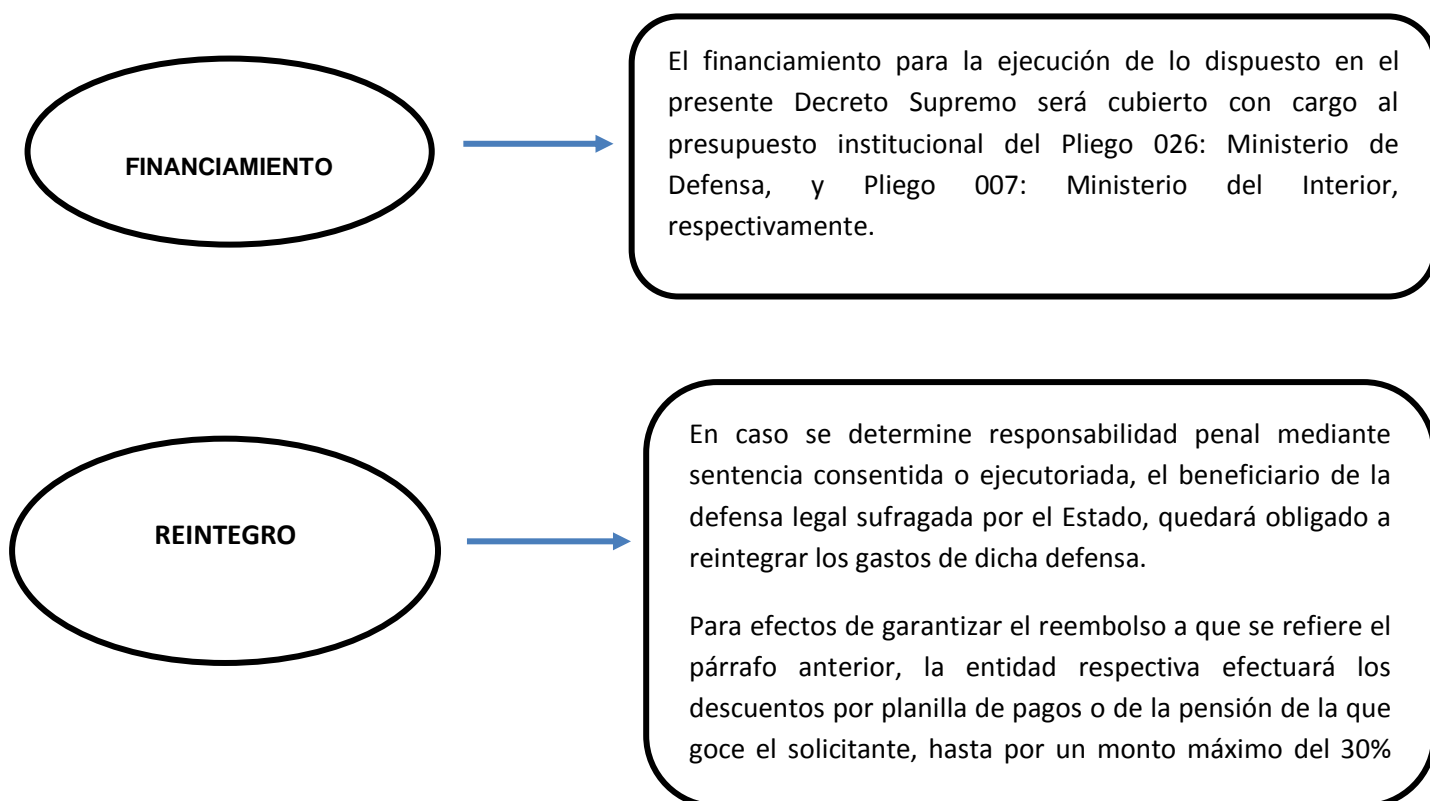
Los miembros de la Comisión de Defensa Legal, **serán designados mediante Resolución Ministerial del Sector correspondiente, a fin que evalúe su procedencia, a través de un Dictamen y la elaboración de un Proyecto de Resolución Viceministerial**, aceptando o rechazando la solicitud

Se deberá tener en cuenta:

- Los requisitos establecidos en el D.S.022-2008-DE/SG
- Art. 86° del D.S. 350-2015, Reglamento Gral. de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: “(...) La Resolución del Titular de la Entidad (...) que apruebe la contratación directa requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa”.

Viceministros Competentes

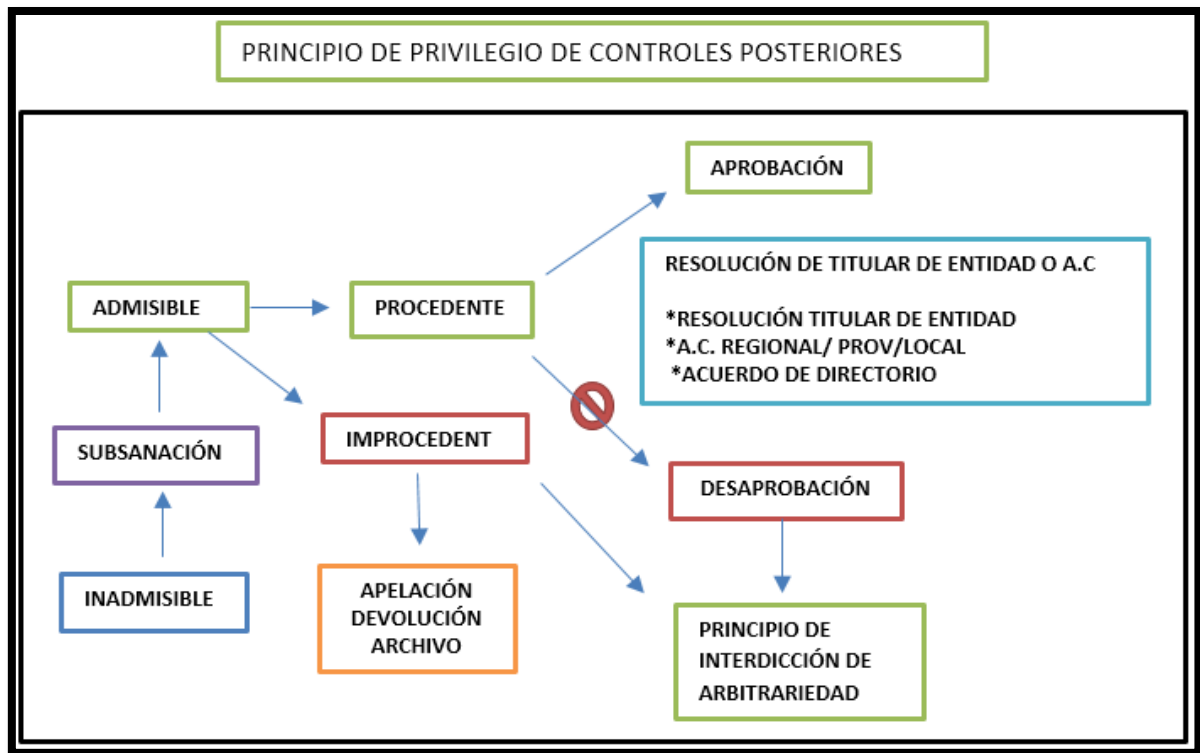
- Sector Defensa, será competente el Viceministerio de Recursos para la Defensa
- Sector Interior, el Viceministerio del Interior



- *Asimismo, en todo aspecto no previsto en el presente Decreto Supremo, se aplicarán de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM y la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y sus modificatorias en lo que fueran aplicables.*

DIAGRAMA DE SOLICITUD DE ACCESO AL DERECHO DE DEFENSA

A continuación se detalla el trámite al que se encuentra sujeta la solicitud de acceso al Derecho de Defensa a través de una contratación directa, el mismo que al ser aprobado debe ser publicado en un plazo de 10 días hábiles en el Portal de SEACE:



IX. Preguntas y Propuestas

¿La entidad a través de sus concejos regionales, provinciales y locales puede decidir denegar el derecho de defensa y asesoría a través de una contratación directa de los servicios especializados de asesoría legal así haya cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia? y si deniegan el derecho ¿Qué responsabilidad existe y qué acciones legales podría interponer el solicitante?

Conforme a la Opinión N° 060-2017/ DTC de la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la Directora Técnico Normativa, Señora Patricia Seminario Zavala expresa que “Las Entidades no se encuentran obligadas a contratar directamente los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, previstos en el literal k) del artículo 27 de la Ley; puesto que, la Entidad puede decidir aprobar o no una contratación directa bajo dicha causal, siempre que *-sobre la base de un sustento técnico y legal-* hubiera determinado, previamente, la necesidad de contratar directamente a un determinado proveedor.

Discrepamos con la Opinión señalada, en razón a que habiendo cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia para acceder al derecho de defensa y asesoría a través de una contratación directa, los concejos

regionales, provinciales y locales, en este caso en particular solo deberían tomar conocimiento y no tomar la decisión de otorgar o denegar un derecho, porque no tendrían dicha competencia.

Actualmente existe un vacío normativo, dado que la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, dispone que las contrataciones directas se sometan a aprobación de los Concejos Regionales, Provinciales y Locales, sin embargo, el supuesto de contratación directa por servicios personalísimos para acceder al Derecho de Defensa, goza de una tutela constitucional. Cabe indicar que los regidores regionales, provinciales y locales tienen atribuciones normativas, de representación y fiscalización careciendo de competencia para otorgar y/o denegar el otorgamiento de un derecho como es el caso establecido en el literal I) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil que otorga un derecho individual al servidor público a contar con la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín.

En el caso que los Concejos regionales, provinciales y locales denegaran el derecho solicitado existiría una antinomia jurídica entre la Constitución que ampara el derecho de defensa y la Ley de Contrataciones del Estado que dispone que todas las contrataciones directas sean aprobadas por el concejo correspondiente, es así que en el caso que el afectado denunciara el abuso de autoridad, interpusiera una demanda contencioso administrativa o una acción de amparo, el juez tendría que aplicar la regla de “la norma de mayor jerarquía prima sobre la de inferior jerarquía”.

En otras palabras, no estamos de acuerdo con la opinión emitida por la Directora Técnico Normativa, Señora Patricia Seminario Zavala, del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en razón a que, si el solicitante cumplió con todas las formalidades y requisitos establecidos en la ley, y ya fue admitida y declarada procedente su solicitud, resulta incongruente someter su aprobación o rechazo a la discrecionalidad del Concejo respectivo, en razón a la preexistencia de un sustento técnico legal que motiva la Resolución que corresponde emitir al Concejo, como un acto de mera formalidad, más no indispensable para el otorgamiento del derecho que se entiende adquirido desde su procedencia.

Lo señalado en virtud, de que todo acto administrativo o Resolución, debe estar debidamente motivada, con una apropiada evaluación de las razones que provocan la emisión del acto, así como de los fines que se persiguen con éste, por lo que, denegar el otorgamiento del derecho pese a haber cumplido con todos los requisitos que la ley señala, implicaría un acto incongruente con el tramite seguido y por demás arbitrario, por no tener la

competencia para someter el otorgamiento de un derecho a su discrecionalidad.

Al respecto existen dos teorías sobre la facultad de discrecionalidad de la Administración Pública, la teoría de potestades reglada y la teoría de potestades discrecionales, sobre la primera teoría la validación, veracidad y realidad del supuesto de hecho tiene el deber ser de encajar en la norma lo cual permitirá de forma automática activar los efectos plenos objetivos, es decir, cumplido los requisitos de la Ley para que la Autoridad de la Administración Pública, declare el cumplimiento de los efectos de la ley.

Mientras que, la teoría de la discrecionalidad, es una evaluación subjetiva impredecible y discrecional por parte de las autoridades, funcionarios y/o entes colegiados de la propia Administración.

Si bien es cierto, la Ley faculta al Concejo Regional, Provincial o Local para aprobar o desaprobar el otorgamiento del mencionado derecho, dicha facultad debe limitarse a la verificación del cumplimiento de los requisitos y a declarar los efectos contenidos en la ley de la materia, caso contrario se corre el riesgo de que la Autoridad Administrativa ejerza abusivamente su libertad para decidir el curso de la solicitud.

Consideramos que la actuación de la Administración Pública debe darse en función de la Teoría de las potestades regladas, por lo que, la aprobación o denegatoria del Derecho de Defensa a través de una contratación directa, debe estar sujeta única y exclusivamente al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación peruana, mas no a la libre discrecionalidad que postula la teoría de las potestades discrecionales.

En ese sentido, si se denegase al solicitante el otorgamiento del Derecho de Defensa a través de la modalidad de contratación señalada, pese a haber cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia, se estaría vulnerando un derecho constitucional del solicitante, y a su vez se incumpliría la “Prohibición de No Discrecionalidad de la Autoridad Administrativa”, que implica la sujeción de esta última a actuar en el marco de las funciones y facultades conferidas por la ley.

Al respecto, “la prohibición de no discrecionalidad de la Autoridad Administrativa”, está referida a la aplicación del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, que establece la obligación que tienen los organismos e instituciones públicas del Estado a sustentar, motivar todos los actos que emitan en estrecha relación y congruencia con la realidad y con el trámite al cual es sometida la solicitud del administrado, en estricto cumplimiento de la ley.

Respecto del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad², el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento, a través de la Sentencia contenida en el Expediente N°0090-2004-AA/TC, estableciendo que “La prohibición de no discrecionalidad de la Autoridad Administrativa”, es de obligatorio cumplimiento, por lo que, la aprobación o rechazo de la solicitud de acceso a la Defensa a través de la Contratación Directa, por el Concejo respectivo, debe darse atendiendo al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia a los que se encuentra sujeto el otorgamiento de este Derecho, en concordancia con los Principios del Procedimiento Administrativo³, establecidos en el art. IV del Título

² Expediente N° 0090-2004-AA/TC, caso de JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, que constituye un Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional, y desarrolla en sus fundamentos 12 al 18 el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad en donde cita a Sainz Moreno quien señala que: 12.- (...) una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica. Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”. De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

³ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272: **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. **Principio de uniformidad.**- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados. **Principio de predictibilidad.**- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que obtendrá.

Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, entre los cuales se encuentra el Principio del Ejercicio Legítimo del Poder, el cual establece que “la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general”, por lo que, denegar el otorgamiento del derecho al solicitante, por mero gusto o voluntad y sin la debida motivación y sustento previo, no representa únicamente la transgresión del derecho de Defensa del solicitante sino también una conducta ilegal, que contraviene la legislación de la materia, y las normas de orden constitucional.

Por otro lado, el solicitante ante la denegatoria del otorgamiento de su derecho, puede demandar el cumplimiento y la aplicación del Principio de Interdicción de Arbitrariedad, en la Vía Contenciosa Administrativa, a fin de que se ampare su derecho y se ordene a la entidad de la Administración Pública que cumpla con aprobar el otorgamiento de su derecho, cuya solicitud según el trámite administrativo correspondiente, fuera declarada procedente, la cual está sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, mas no a la libre discrecionalidad de la Autoridad Administrativa.

Asimismo, somos de la propuesta que se conforme una Comisión a fin de que se encargue de someter a análisis la situación jurídica de los ex funcionarios, funcionarios, servidores, ex servidores civiles, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, respecto del derecho de ejercer su Defensa a través de la contratación directa, a fin de que se regule desde una perspectiva más humana, como un derecho y no se confunda con un beneficio, categoría dada a través de la Directiva N° 04-2015-SERVIR/GPGSC, de fecha 22 de octubre de 2015, logrando de ese modo uniformidad de criterios en la regulación de este derecho y se modifique el trámite al cual se encuentra sujeta la procedencia de la solicitud, estableciendo que sea de aprobación automática por el titular de la entidad. Ello, por tratarse de un derecho de naturaleza constitucional, que no puede ni debe estar sujeto a la libre discrecionalidad de la Autoridad Administrativa correspondiente.

En cuanto a los integrantes de los respectivos Concejos Regionales, Provinciales, Locales y de los Directorios en caso de las entidades privadas, por denegar el otorgamiento del derecho materia de análisis, les corresponde asumir Responsabilidad Penal y Administrativa.

Respecto a la Responsabilidad Penal, recaería en el ilícito tipificado en el art. 376° del Código Penal, donde castiga al funcionario público por el ejercicio abusivo de sus atribuciones, a través del cual comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien, con una pena privativa de libertad no mayor de tres años.

¿Será procedente que los funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales puedan acceder al derecho de defensa y asesoría a través de una contratación directa de servicios especializados aun cuando se traten de casos de flagrancia de corrupción de funcionarios?

El Dr. Pablo Sánchez Velarde, Fiscal de la Nación expresa que “La flagrancia es un estado evidente de la comisión de un delito y habilita a la policía a detener a una persona; el fiscal solo cuenta con 24 horas para ponerlo a disposición del juez. El artículo 259 del CPP admite cuatro estados de flagrancia: a) cuando el sujeto está cometiendo el delito (flagrancia propiamente dicha), b) cuando es detenido inmediatamente después de haber cometido el delito (cuasi flagrancia), c) cuando se le encuentra dentro de las 24 horas de producido el delito con los objetos o instrumentos del mismo (presunción legal) y d) por sindicación del testigo o víctima o por video vigilancia (presunción por sindicación).

Debiendo la Administración declarar improcedente la solicitud conforme al Decreto Legislativo N° 1194, Decreto Legislativo que regula el Proceso Inmediato en caso de Flagrancia, artículo 2 que modifica el artículo “1. El fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259;”

En ese sentido, pese a que toda persona goce de la presunción de inocencia, resulta improcedente acceder al derecho de defensa mediante una contratación directa en los casos de flagrancia, por la existencia de pruebas necesarias y suficientes para demostrar la responsabilidad penal correspondiente.

Cabe señalar que, el Proceso Inmediato se sustenta en la evidencia delictiva, por lo que los funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, no pueden acceder a este Derecho, por no cumplirse la condición, de encontrarse en el ejercicio regular de sus funciones, establecida en el Decreto Legislativo N°1341, que modifica la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado y el D.S. 350-2015-EF, Reglamento General de

la Ley de Contrataciones del Estado, de ahí que al ser sorprendido el solicitante en un acto de flagrancia se demostraría la conducta irregular que carece de tutela jurídica.

Al respecto, no se estaría lesionando el Derecho de Defensa⁴ del solicitante, en razón a que goza de un defensor público desde el primer momento que es sometido a investigación, evitando un estado de indefensión.

Somos de la postura que la Ley de Servicio Civil debe incorporar de forma literal la improcedencia del acceso al derecho de defensa a través de una contratación directa, en los cuatro supuestos de flagrancia que establece el artículo 259° del Código Procesal Penal, agravándose para los temas de corrupción de funcionarios.

¿Qué órganos de la entidad actúan como órganos resolutivos sobre la admisibilidad y procedencia para acceder al derecho de defensa y asesoría a través de una contratación directa de servicios especializados?

La Oficina de Asuntos Jurídicos actúa como órgano resolutivo primario respecto a las causales de admisibilidad y procedencia mientras el titular de la entidad y los concejos regionales, provinciales y locales actúan como última instancia resolutive para otorgar y/o denegar el derecho.

Respecto de los miembros y ex miembros de las FF.AA y PNP, se conforma una Comisión de Defensa Legal, cuyos miembros se designan mediante Resolución Ministerial del Sector correspondiente, a fin de que evalúe su procedencia, a través de un Dictamen y la elaboración de un Proyecto de Resolución Viceministerial, aceptando o rechazando la solicitud, sin embargo la autoridad encargada de aprobar o desaprobar la contratación directa es el Viceministro de Recursos para la Defensa en el caso del Ministerio de Defensa y el Viceministro del Interior en el caso del Ministerio del Interior, a través de una Resolución Viceministerial.

Nos parece dilatorio y contraproducente otorgar facultades administrativas a las autoridades para otorgar o denegar un derecho vulnerando la Ley

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 12 de septiembre de 2005, en el Expediente N°6260-2005-PHC/TC, a través de la cual desarrolla **el ejercicio del derecho de defensa**, respecto del cual señala que este **es de especial relevancia en el proceso penal**, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.

Orgánica de Municipalidades, artículo 11 el cual expresa las responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores, como sigue, “los regidores son responsables, individualmente, **por los actos violatorios de la ley practicados en el ejercicio de sus funciones y, solidariamente, por los acuerdos adoptados contra la ley, a menos que salven expresamente su voto, dejando constancia de ello en actas.**”

Los regidores no pueden ejercer funciones ni cargos ejecutivos o administrativos, sean de carrera o de confianza, ni ocupar cargos de miembros de directorio, gerente u otro, en la misma municipalidad o en las empresas municipales o de nivel municipal de su jurisdicción. Todos los actos que contravengan esta disposición son nulos y la infracción de esta prohibición es causal de vacancia en el cargo de regidor. (...)”

Somos de la posición que solo el titular de la entidad debe ser la última instancia resolutoria y que las secretarías generales de los concejos regionales, locales y provinciales pongan a conocimiento solo para el caso de la contratación directa personalísima para al derecho de defensa y asesoría sin perjuicio de fiscalizar el otorgamiento o denegación del derecho por parte del titular, las autoridades y los propios ciudadanos, el cual puede contener vicios de nulidad o anulabilidad.

Ello, en razón a que todo acto administrativo y de administración emitido por la Administración Pública, está sujeta a la aplicación del Principio de Privilegio de Controles Posteriores, por lo que se garantizaría el acceso al Derecho de Defensa, sin perjuicio de que se supervise el trámite a través del cual fue conferido, lo cual permitirá realizar las acciones correspondientes en caso exista alguna irregularidad en el otorgamiento del derecho.

¿El ejercicio regular de sus funciones es en función del cargo o en razón del cargo?

El ejercicio regular de las funciones del servidor solo puede darse en función del cargo, es decir, en el desenvolvimiento de sus propias funciones caso distinto sería en razón del cargo, en razón a las atribuciones que le corresponden de acuerdo a su jerarquía administrativa o política.

¿Las autoridades políticas pueden acogerse al derecho regulado en la Ley de Servicio Civil?

Sí. De acuerdo a la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, el artículo "4.1 expresa que “Para los efectos del presente Código se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles

jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o **electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.**" y la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, el artículo 4° inc. "1" subinc. "A" El funcionario público puede ser: De elección popular directa y universal o confianza política originaria.

En ese sentido, las autoridades políticas al estar dentro de los alcances del literal I) del artículo 35° de la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil, tienen el derecho de solicitar el acceso a la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad⁵, razón por la cual sería procedente su solicitud, prestando atención a que no esté inmerso en un caso de Flagrancia, el cual se explicó, sería un impedimento para la procedencia de la solicitud, por la evidencia delictiva.

¿Por qué no se establece un plazo para solicitar tal derecho?

La Ley no ha establecido un plazo para solicitarlo, lo cual representa un acierto en razón a que hay delitos como los de lesa humanidad que no prescriben y que pueden ser denunciados en cualquier momento.

¿El área de logística está en la obligación de hacer un estudio de mercado para comparar una mejor oferta para el solicitante o el solicitante tiene el derecho que se respete la elección de su defensor aunque existan ofertas más ventajosas para la administración?

El área de logística está en la obligación de hacer un estudio de mercado para comparar una mejor oferta para el solicitante de conformidad con el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, artículo 21.3. El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna. Para su aprobación, el expediente de contratación debe contener: e) El estudio de mercado realizado, y su actualización cuando corresponda.

⁵ La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, que regula el Régimen del Servicio Civil, el cual establece en el literal I) del artículo 35° **como un derecho individual del servidor público** a "(...) contar con la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad."

Sobre este aspecto creemos que la Ley debe ser modificada permitiendo se respete la elección del defensor por parte del solicitante a fin de no menoscabar su derecho de libre elección salvo que el monto de los honorarios fuera contrario y excesivo al precio que otorga el estudio de mercado, en ese caso debe elegirse por la mejor opción para el estado.

Lo señalado en virtud de que, el ejercicio del Derecho de Defensa no puede estar únicamente supeditado al criterio de “costo más ventajoso para la entidad”, proceder bajo ese criterio aumenta la probabilidad de que existan casos de Defensa Técnica Ineficaz, por preferir un precio inferior del servicio a contratar, disminuyendo el control de la calidad del servicio.

Al respecto de la Defensa Técnica Ineficaz, debemos referir que la labor que desempeña la defensa técnica según la teoría es perfecta, sin embargo difícilmente se contrasta de esa manera en la práctica, pues la Defensa Pública asignada en el afán de garantizar el Derecho de Defensa y Debido Proceso, muchas veces cuenta con exceso de casos derivados y no puede brindar una atención personalizada, y en caso de que el solicitante optase por contratar los servicios de una defensa particular, sin contar con el financiamiento o recursos económicos suficientes para adquirir los servicios de un abogado que le ofrezca una defensa adecuada, existe un gran riesgo de no garantizar efectivamente el buen patrocinio y ejercicio de su Derecho de Defensa al solicitante.

En palabras del Profesor Bovino, A. (2010) sobre la Defensa Ineficaz, indica que “no siempre contar formalmente con un defensor implica una defensa real de la persona y los derechos, tal como lo plantea el mandato constitucional. La verdadera defensa en juicio se garantiza con una defensa eficaz, sin perjuicio de la estrategia de cada defensor (lo cual queda sometido a una irremediable casuística)”⁶

En ese sentido, el solicitante está en todo su derecho de proponer el abogado de su libre elección, ajustando su requerimiento a los recursos con los que cuenta la institución, sin perjuicio de que se someta a valoración por el área de logística, pues recordemos que de ganar el proceso, esta recuperará los gastos realizados a través del pago de costas y costos del proceso, garantizándose de esa manera el ejercicio del Derecho de Defensa de manera Imparcial y transparente, sin recaer en el ejercicio abusivo de su derecho.

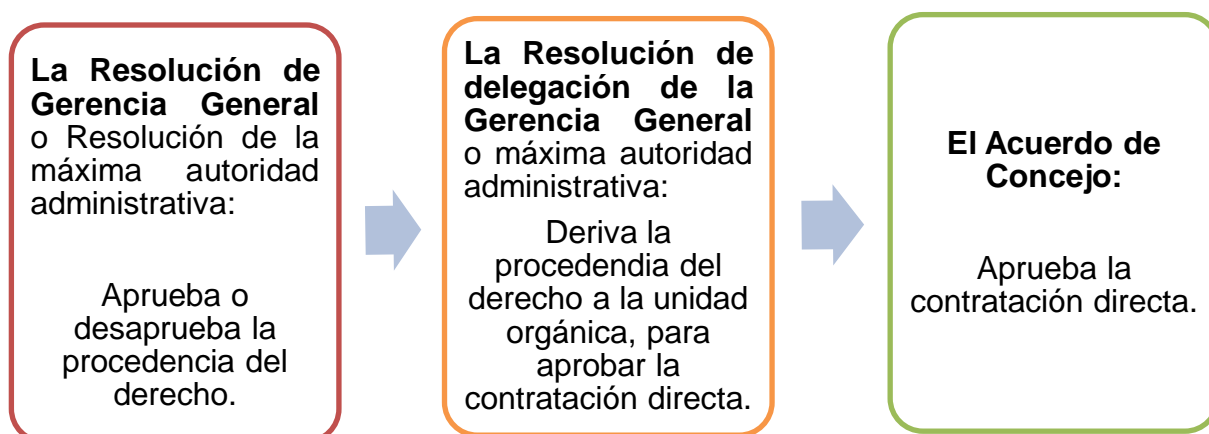
⁶ Apuntes jurídicos del curso Garantías Constitucionales del Derecho Penal Sustantivo y del Derecho Procesal Penal dictadas por el profesor Bovino, A. (Publicado el 20 de mayo 2010). La Defensa Ineficaz, Revisado el 05/07/2017 y Recuperado de:

<http://cursogarantias2010.blogspot.pe/2010/05/sobre-la-defensa-tecnica-eficaz.html>

En ese sentido, si el monto de la contratación fuera menor a 8 UIT, la contratación se gestionaría como una orden de servicio y no bajo una contratación directa bajo la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N°1341.

¿En un gobierno municipal qué resoluciones y acuerdos encontramos?

Existen las siguientes resoluciones y acuerdos referidos a la aprobación del otorgamiento del Derecho:



La Ley de Contrataciones del Estado establece que toda contratación directa debe ser aprobada por el Concejo Regional, Conejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, es decir, si se rechaza la contratación directa del servicio de defensa legal y asesoría legal al amparo del derecho dispuesto en el artículo 35° de la Ley del Servicio Civil, ¿los regidores y el alcalde asumen responsabilidad?

Al respecto, el artículo 35° de la Ley del Servicio Civil, establece que el servidor civil, tiene como derecho “contar con la defensa y asesoría legal o a fin, con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en procesos judiciales, administrativos, (...)”, ello se materializa a través de una contratación directa realizada por la entidad donde ejerce sus funciones, para la cual el servidor solicitante debe cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos, si ha cumplido con ellos, no puede obtener un resultado distinto como la denegatoria o improcedencia del otorgamiento del derecho, en razón a la existencia del Principio de

Predictibilidad⁷, a través del cual el servidor solicitante podrá inferir como concluirá el trámite de la solicitud.

Por lo que, al denegarse el otorgamiento de dicho derecho, habiendo cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia, los regidores y el Alcalde como máxima autoridad de la entidad, asumirían responsabilidad penal y administrativa, por configurarse un acto abusivo de autoridad, tipificado en el artículo 376^{o8} del Código Penal vigente.

CONCLUSIONES

PRIMERO.-La actuación de la Administración Pública respecto del acceso al Derecho de Defensa a través de una Contratación Directa está sujeta a la Aplicación del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad; es decir, la Administración Pública debe limitarse al ejercicio de sus facultades estrictamente conferidas mediante Ley o Norma con rango de Ley y no someter los efectos en ella establecidos a un juicio de discrecionalidad para determinar su aprobación o denegatoria, a fin de evitar un ejercicio abusivo de poder.

SEGUNDA.- El acceso al Derecho de Defensa a través de una Contratación Directa, constituye un derecho de los ex funcionarios, funcionarios, servidores, ex servidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, y no un Beneficio como se ha regulado a través de la Directiva N° 04-2015-SERVIR/GPGSC, en ese sentido se requiere Uniformizar los Criterios empleados al momento de regular sus alcances como un Derecho.

TERCERA: Asimismo, la máxima autoridad de la Administración Pública debe ser la competente para declarar la Aprobación del otorgamiento del Derecho de Defensa, en base al sustento técnico legal que declaró su procedencia, y al amparo del Principio de Privilegio de Controles Posteriores al que se encuentra sujeta toda actuación u omisión de la

⁷ Decreto Legislativo N°1272, que modifica a la Ley N°27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que regula el Principio de Predictibilidad en su artículo IV del Título Preliminar. “La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o a sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que obtendrá”.

⁸ Código Penal Peruano, artículo 376° “Abuso de Autoridad”, El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Administración Pública, poniéndose solo a conocimiento de los concejos regionales, provinciales, locales y metropolitano.

CUARTA: Respecto del acceso al Derecho de Defensa a través de una Contratación Directa, en los casos de Flagrancia donde estén involucrados los ex funcionarios, funcionarios, servidores, ex servidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas y policiales y se trate de corrupción de funcionarios, debe declararse la improcedencia de la solicitud correspondiente en razón a la existencia de evidencia delictiva y a fin de garantizar una mayor transparencia en el proceso, en razón a que la Administración no puede ser Juez y parte.

QUINTA: Denegar el acceso al Derecho de Defensa de un solicitante, a través de una contratación directa, pese a que haya cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia, configura un acto arbitrario de la Administración Pública, que se traduce como el ejercicio abusivo de sus facultades, que a su vez es susceptible a ser sancionado penal y administrativamente.