

LA CAUSAL DE VACANCIA DE LOS ALCALDES MUNICIPALES POR CONDENA CONSENTIDA O EJECUTORIADA POR DELITO DOLOSO CON PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

THE CAUSAL OF VACANCY OF THE MUNICIPAL MAYORS FOR CONDEMNANCE CONSIDERED OR EXECUTED BY CRIME WITH A PRIVATIVE PENALTY OF FREEDOM

Saúl Romero Chávez¹

Magistrado

Corte Superior de Justicia de Ventanilla

saul_romero_2@hotmail.com

Perú, Lima

Recibido: 26 de julio de 2018

Aceptado: 27 de setiembre de 2018

SUMARIO

- Introducción
- Naturaleza jurídica de la vacancia
- La causal de vacancia por condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad
- Conclusiones

RESUMEN

El autor hace un análisis de la causal de vacancia por condena penal por delito doloso con pena privativa de la libertad de las autoridades municipales y sostiene que es un mecanismo de control ciudadano a través del cual se produce el cese de aquella relación político-jurídica, originada por causales taxativamente prevista en la ley, dictada dentro de un procedimiento administrativo y con arreglo a derecho. Asimismo, subraya que hay una connotación moral que subyace en la norma que sanciona la vacancia de la autoridad, puesto que en un Estado Constitucional de derecho “no hay poderes absolutos”.

ABSTRACT

The author makes an analysis of the cause of vacancy by criminal conviction for fraudulent

offense with custodial sentence of the municipal authorities and maintains that it is a mechanism of citizen control through which the political-legal relationship is terminated, caused by causes specifically provided for in the law, issued within an administrative procedure and in accordance with law. It also emphasizes that there is a moral connotation that underlies the rule that sanctions the vacancy of the authority, since in a Constitutional State of law “there are no absolute powers.”

PALABRAS CLAVE

Municipio; vacancia; mandato representativo; control ciudadano; causales taxativas.

KEY WORDS

Municipality; vacancy; representative mandate; citizen control; causal causes.

INTRODUCCIÓN

Una primera línea argumentativa para plantear el problema que se va a abordar en el presente artículo, nos exige señalar que la nota distintiva del municipio lo constituye la autonomía y no la soberanía. Aquella garantiza a los gobiernos locales desenvolverse con plena libertad en

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Candidato a Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos de Doctorado en UPSMP. Juez Superior Supernumerario de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla.

los aspectos administrativos, económicos y políticos; y permite construir su propia naturaleza jurídico-política del municipio dentro del Estado: hay, entre sus miembros, una vinculación por razones de vecindad, donde confluyen problemas, intereses y soluciones comunes. No obstante, es necesario precisar que la autonomía municipal no implica que su actuación pueda apartarse del esquema jurídico que le sirve de fundamento a aquel, de modo que las actuaciones de sus miembros deben sujetarse a los preceptos emanados de la Constitución, las leyes y demás normas, en la medida que no hay gobierno de hombres, sino de leyes. Esta limitación en la actuación del gobernante adquiere una doble connotación de garantía dentro de la actividad administrativa: es garantía para el funcionario, al precisar su campo de actuación o de competencia; y, además, es garantía para el administrado en cuanto le otorga certeza de cuál es el ámbito de actuación de la administración, cuáles son sus deberes y derechos, y a partir de allí ejercer un control sobre sus gobernantes; entonces, se plantea el problema con la interrogante ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la vacancia de los alcaldes? ¿Cuáles son los presupuestos de la causal de vacancia por condena por delito doloso? ¿Cuál ha sido la línea jurisprudencial?

Los objetivos del trabajo son esbozar algunos lineamientos que permitan entender la naturaleza y alcances de la figura materia de estudio, aportando información a la comunidad jurídica y, además, generar interés en la investigación de los temas municipales.

Este trabajo se justifica en la medida que la realidad social nos muestra que las autoridades municipales son proclives a cometer delitos en el ejercicio de su función pública, por ello es necesario delimitar adecuadamente las instituciones jurídicas que regulan la conducta de las autoridades municipales, así cobra importancia analizar el ordenamiento jurídico que ha previsto una sanción administrativa de índole político, esto es, la vacancia y suspensión del cargo, no originadas por su actuación política, sino fundamentalmente por una conducta ilegal. A nuestro criterio, la diferencia en la aplicación de sanciones estriba en el hecho de que las autoridades municipales concentran en su trabajo una serie de prerrogativas políticas, pero también hay una connotación moral que subyace en

la norma, que se asienta en que en un Estado Constitucional de derecho no hay poderes absolutos y establece una conexión entre derecho, moral y política

En el segundo capítulo, abordaremos la naturaleza jurídica de la vacancia, precisando su distinción conceptual con la otra sanción: la suspensión del cargo. En el capítulo siguiente, se analizará la causal de vacancia materia del artículo, desde sus antecedentes normativos en nuestro ordenamiento, el análisis de sus elementos configurativos: condena, consentida o ejecutoriada y delito doloso, recurriendo a la línea argumentativa del Jurado nacional de Elecciones (JNE), pues es necesario ahondar en que una breve revisión de las leyes que regulan a las municipalidades, nos permiten inferir que la ley orgánica de 1892, en el Capítulo IV reguló “De los Alcaldes, Teniente Alcalde e Inspectores de los Concejos Municipales”, pero no estableció el mecanismo de la vacancia mediante el sistema *numerus clausus*, tan sólo en el artículo 81 prescribió un mecanismo de reemplazo de la autoridad municipal. El texto inicial del artículo 26 de la derogada Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)-Ley N° 23853, publicada el día 9 de junio de 1984, no estableció como causal de vacancia la condena por delito doloso. Posteriormente, entró en vigencia la ley N° 26491, que modificó el inciso 9 del artículo 23 de la LOM. y prevé como óbice legal para las autoridades municipales ex ante y ex post haber sufrido condena por delito doloso, por la técnica de remisión normativa, el artículo 26 de dicho cuerpo legal lo estableció de manera indirecta. En base a dicha evolución normativa, se puede sostener que la vacancia, como mecanismo de control de la actuación de las autoridades municipales, recién se perfiló en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la vigencia de la modificatoria de la Ley N° 23853.

Finalmente, de modo sucinto, se plasma las conclusiones del autor y las referencias bibliográficas.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA VACANCIA

Concepto

Desde el punto semántico, el vocablo vacar significa quedar vacante un empleo, cargo o dignidad por cesar la persona que

lo desempeña u ostentaba. Suspende, en cambio, es la interrupción o aplazamiento del período de gobierno de una autoridad municipal. En nuestra opinión, la vacancia de una autoridad municipal es un mecanismo de control ciudadano a través del cual se produce el cese del mandato representativo, es decir, aquella relación político-jurídica que existe entre la población y su representante, originada por causales taxativamente prevista en la ley, dictada dentro de un procedimiento administrativo y con arreglo a derecho. Friz Burga (2007) señala que es “un mecanismo a través del cual se realiza un control político y jurídico y ésta naturaleza híbrida define a la institución” (Página 362). Se infiere, entonces, que este tipo de vacancia tiene un carácter declarativo y no constitutivo o sancionador, como ocurre con la causal de nepotismo y las restricciones de contratación.

Los elementos configurativos de la vacancia se resumen así:

- a. Es un pedido de un vecino;
- b. Es una sanción;
- c. Produce el cese del mandato representativo;
- d. Causales taxativamente previstas en la ley;
- e. Dictada dentro de un procedimiento administrativo;
- f. Con arreglo a derecho.

Su distinción conceptual con la suspensión

En primer lugar, es necesario precisar que tanto la vacancia como la suspensión del cargo de una autoridad implican una sanción administrativa entendida como señala Danós Ordoñez (1995) “un mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal” (Página 156). Y que se concreta en la separación en el ejercicio del cargo, pero mientras la primera es de carácter permanente, en cambio, la suspensión es temporal. Así lo estableció la Res. N° 409-2009-JNE, Fundamento Jurídico 4 y resolución del JNE N° 1411-99.

LA CAUSAL DE VACANCIA POR CONDENA CONSENTIDA O EJECUTORIADA POR DELITO DOLOSO CON PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Antecedente normativo

Una revisión de la regulación de los municipios en nuestro país, nos permite señalar *prima facie* que, inicialmente, su origen normativo se inició en la Constitución Política porque “Apenas proclamada la Independencia, el Protector de la Libertad del Perú, dictó el 8 de octubre de 1821, el llamado Estatuto Provisional, cuyo artículo 1 establecía que “Las municipalidades serán presididas por el Presidente del departamento” (Alzamora Valdez, Mario, 1985, Página 77). La preocupación del legislador ha sido su naturaleza, esto es, separarlo del Poder Ejecutivo, preservar su autonomía, soslayando el control político de los ciudadanos a través de la vacancia.

La ley dictada el 3 de marzo de 1925 si bien desarrolló la autonomía municipal proclamada en la Constitución Política de 1823, no reguló el control político de las autoridades municipales, regulando la vacancia de éstos. Asimismo, la Ley Orgánica de Municipalidades del 1 de agosto de 1834, en consonancia con el texto constitucional de la época, dispuso que la administración local de las demás ciudades -distintas de las capitales de departamento y de provincias- fueran ejercidas por autoridades judiciales y notables del lugar. La ley de 1853, si bien es cierto restituyó la figura del alcalde para el gobierno de los municipios, le dio el status de agentes del Poder Ejecutivo, sin establecer las causales de vacancia de sus cargos. Posteriormente, el primero de diciembre de 1865, se promulgó la Ley Orgánica de Municipalidades, que, al igual que las anteriores, se perfilaba como un desarrollo normativo de la visión constitucional de la época respecto de esta institución político-jurídica.

Bajo el imperio de la Carta Política de 1860, se dictó la ley Orgánica de Municipalidades el 14 de octubre de 1892, que rigió hasta el 17 de marzo de 1981. En la Ley Orgánica de Municipalidades derogada (Ley N° 23853) esta causal no estaba contemplada de manera específica, sino dentro de un conjunto de

impedimentos legales a la cual se remitía la disposición legal.

La Ley N° 28961, publicada el 24 de enero del año 2007, consideró una nueva causal de suspensión (por sentencia judicial condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad); y se reguló con mayor detalle tal proceso de suspensión (Friz Burga, 2007).

La vigencia de la condena para generar la vacancia

Se ha señalado en reiterada y uniforme resoluciones que esta causal se configura cuando en algún momento concurra la vigencia de la condena penal con la condición de alcalde o regidor, verbigracia las resoluciones N° 0817-2012-JNE y N° 0320-2012-JNE.

El colegiado explica su criterio jurisprudencial respecto a la vigencia de la condena a un período de gobierno posterior a aquel en que se dictó:

La adopción de tal criterio interpretativo obedece a la necesidad de garantizar la idoneidad de los funcionarios que integran las instituciones del Estado, y con mayor razón, de aquellos que provienen de elección popular, de tal modo que, conforme con lo dispuesto en la LOM, no se permita la permanencia en el cargo de quienes han infringido las normas básicas de nuestro ordenamiento y han perpetrado la comisión dolosa de un ilícito penal. (Resolución N° 0817-2012-JNE)

Este razonamiento del JNE nos permite inferir que el soporte ideológico de la causal sub análisis es la moral, concatenando derecho, moral y política como tres ángulos del vértice jurídico denominado vacancia de autoridades municipales, la teoría política plantea su visión del derecho a través de la relación entre tres términos: derecho, moral y la política, estableciendo una conexión lógica y filosófica entre derecho con la política a través de la moral (Morales Luna, Félix, 2013). La doctrina penal señala que, en el delito doloso, el actor actúa de modo que entienda o conoce lo que hace y quiere el acto por él protagonizado y anota que según Maurach, el dolo aparece como la voluntad de actuar, referida al resultado que sustenta la acción (Villa Stein, 2014).

A diferencia del Código de 1924, el vigente no contiene una definición del dolo, pero el Código Penal colombiano de 2000, artículo 22 define al dolo como aquella conducta en la cual el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. La jurisprudencia nacional ha definido al dolo “Para la configuración de los injustos penales se requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como la conciencia y voluntad de la agente de cometer el hecho antijurídico y culpable” (Hurtado Pozo, 2005, Página 449).

Análisis de la causal de la vacancia

1. Del texto normativo

El artículo 22 numeral 6 de la LOM, dispone “El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el conceso municipal, en los siguientes casos: (...) 6.- Condena consentida o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad.

2. Elementos configurativos

Analizando la causal en comento, se desprende tres elementos:

a. Condena

Constituye la decisión dictada contra una persona en un proceso penal por la comisión de un delito, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, así se estableció en la Ejecutoria Suprema expedida en el Expediente N° 3947-99-Ayacucho de fecha 11/11/99.

b. Consentida o ejecutoriada

En puridad de conceptos, la sentencia consentida implica que no haya sido impugnada por el condenado; en cambio, la condena ejecutoriada significa que se haya dictado en “última instancia”, vale decir, que se haya agotado la instancia plural a fin de que la decisión judicial constituya cosa juzgada. En ambos casos, ya sea por decisión del propio condenado o de los magistrados en la instancia definitiva, se trata de una sentencia firme, inmutable.

3. La jurisprudencia del JNE sobre la última instancia

a. Una primera línea interpretativa

Al respecto, en la Resolución N° 285-2005-JNE se sostiene “La sentencia confirmatoria fue materia del recurso de queja excepcional por denegatoria del recurso de nulidad, (...) sin embargo, es criterio de este órgano electoral que los recursos de revisión, así como las quejas de derecho no reabran el proceso que ha quedado ejecutoriado, (...)” El recurso de queja no es un recurso de impugnación, (García Rada, Domingo, 1984, pág. 319) ya que no está previsto taxativamente como tal y, además, no consiste en la facultad de solicitar un nuevo examen de la resolución cuestionada y resolverla, sino su efecto jurídico es determinar si se concede o no un recurso impugnativo, en base al análisis si se ha vulnerado normas constitucionales o normas con rango de ley, así se estableció en el Acuerdo Plenario N° 6/2007-CJ-116.

En cambio, la revisión es un recurso extraordinario de impugnación, que no opera dentro del proceso penal donde se emitió la sentencia condenatoria, sino ataca la autoridad de la cosa juzgada al autorizar que una condena penal firme, sea nuevamente revisada en base a nuevos hechos y pruebas (García Rada, 1984).

b. Una segunda línea interpretativa

Conforme ya se explicó en el numeral anterior, en un inicio, el colegiado supremo en materia electoral, declaraba la vacancia de la autoridad municipal cuando la segunda instancia resolvía imponer la condena penal por delito doloso, soslayando que la autoridad condenada haya interpuesto –en ese entonces– el recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad.

Posteriormente, a partir del caso de Arturo Castillo Chirinos, ex Alcalde de la ciudad de Chiclayo, el Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, expidió la Resolución N° 2730-2006-PA/TC, puso los puntos sobre las íes y afirmó:

Resulta evidente que cuando el referido artículo se refiere a una “sentencia judicial emitida en última instancia”, alude a la existencia de una sentencia firme, es decir, no susceptible de ser revisada por

ninguna instancia superior; en suma, a una sentencia que haya puesto fin al proceso penal y que, por tal motivo, haya adquirido calidad de cosa juzgada.

Una interpretación contraria supondría sostener que una persona podría ser despojada del cargo asumido por decisión de la voluntad popular, por la existencia de una supuesta responsabilidad penal, sin que ésta haya sido determinada judicialmente mediante una sentencia definitiva, es decir, sin que su derecho fundamental a la presunción de inocencia haya sido plenamente enervada, (..), sino también de los derechos fundamentales a participar en la vida política de la nación (artículo 2° 17) y a ser elegido representante (artículo 31).

El Tribunal, en la aludida sentencia, sostiene:

Derivar la sanción de vacancia en el cargo al que se ha accedido por voluntad popular, de una sentencia penal que no ha sido dictada en última y definitiva instancia, es decir, que carece de la autoridad de cosa juzgada, supone una flagrante violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, previsto en el artículo 2° 24 e) de la Constitución, así como de los derechos fundamentales a participar en la vida política del país y a ser elegido representante, reconocidos en los artículos 2° 17 y 31° de la Constitución, respectivamente (Véase el Fundamento Jurídico 52).

En el Fundamento Jurídico 55, concluye su razonamiento afirmando,

A la luz del ordenamiento procesal aplicable y, fundamentalmente, de los hechos de los que tenía conocimiento el JNE, la sentencia dictada (..), no podía ser considerada como una sentencia firme, puesto que existía la posibilidad de que la Corte Suprema declarara fundada la queja interpuesta, y, *a posteriori*, fundado el recurso de nulidad interpuesto contra ella.

El Supremo Intérprete de la Constitución, plantea una interrogante que es parte de su razonamiento lógico jurídico ¿Tiene el JNE competencia para considerar que existe una sentencia penal firme, allí donde la Corte Suprema de la República ha decidido conocer un recurso de queja

cuya eventual procedencia virtualmente puede devenir en la declaración de nulidad de tal sentencia? y responde con axiomática claridad argumentativa: La respuesta es negativa. No sólo porque el JNE no tiene las potestades para ejercer un control administrativo de validez sobre los criterios jurisdiccionales de la Corte Suprema de la República, sino también, y fundamentalmente, porque dicho asunto no versa sobre materia electoral, sino sobre materia procesal penal (Fundamento jurídico 56).

El artículo 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades, modificado por el artículo 1 de la ley N° 28961 resolvió el asunto de la interpretación referente a la aplicación del supuesto de “última instancia” incorporando una causal a la suspensión del cargo de las autoridades municipales, con el siguiente tenor:

El ejercicio del cargo de alcalde o regidor se suspende por acuerdo de concejo en los siguientes casos: 5.- Por sentencia judicial condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad. La suspensión es declarada hasta que no haya recurso pendiente de resolver y el proceso se encuentre con sentencia consentida o ejecutoriada.

4. Delito doloso

En principio, se debe indicar de manera concreta que, conforme lo establece el artículo 12 del Código Penal, el delito doloso es la regla, puesto que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

El Jurado Nacional de Elecciones ha señalado que, respecto a la institución jurídico penal de la “reserva del fallo condenatorio” no genera vacancia del cargo.

En el recurso de Nulidad N° 3332-2004-JUNIN, la Corte Suprema estableció como jurisprudencia vinculante en los considerandos 5to. y 7mo. los presupuestos para la aplicación de esta institución jurídico penal, precisando i) Es una medida alternativa a la pena privativa de la libertad que se caracteriza por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de pena concreta para el sentenciado culpable; ii) La medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la

consiguiente condena y pena, que se reservan y condicionan su extinción a la culminación de un periodo de prueba; iii) procede en ciertos presupuestos: a) El delito esté sancionado con pena conminada no superior a los tres años de pena privativa de libertad o con inhabilitación no superior a los dos años; b) El Juez, atendiendo a las circunstancias del hecho y la personalidad del agente, emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; c) Es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas; iv) No genera antecedente penal, pero debe inscribirse en el registro respectivo Respecto a la condena en las querellas, el Supremo Tribunal en materia electoral en la Resolución N° 435-2001-JNE, sostuvo,

(..) no obstante tratarse de una sentencia por delito de difamación que es objeto de persecución privada y cuyo juzgamiento no interviene el Ministerio Público, constituye causal de vacancia, toda vez que en ella se cumple con las dos condiciones que exige la ley, es decir, que haya delito y que éste sea doloso.

CONCLUSIONES

La vacancia de una autoridad municipal es un mecanismo de control ciudadano a través del cual se produce el cese de aquella relación político-jurídica que existe entre la población y la autoridad municipal, originada por causales taxativamente prevista en la ley, dictada dentro de un procedimiento administrativo y con arreglo a derecho.

La causal de vacancia por condena penal firme por delito doloso concadena la moral, la política y el derecho, en la medida que obedece a la necesidad de garantizar la idoneidad ética de las autoridades municipales.

Para que se configure la vacancia, la condena penal debe ser emitida en última instancia, es decir, dicha sentencia no es susceptible de ser revisada por ninguna instancia jurisdiccional.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Alzamora Valdez, Mario (1985). *Derecho municipal*. Lima, Perú: Editorial EDDILI.

The causal of vacancy of the municipal mayors for condemnation considered or executed by crime with a privative penalty of freedom

García Rada, Domingo (1984). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8va. Edición. Lima, Perú: Editorial EDDILI.

Hurtado Pozo, José (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tomo I, 3ra. Edición. Lima, Perú: Editorial Grijley.

López González, José Ignacio (1998). *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.

Villa Stein, Javier (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Ara Editores.

Fuentes hemerográficas

Daños Ordoñez, Jorge Elías (1995). Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública. *Revista Ius Et Veritas*, N° 10, Páginas 149-160.

Friz Burga, Johnny Zas (2007). Una aproximación a la vacancia y suspensión de autoridades regionales y locales. *Revista PUCP Derecho*, N° 60, Página 351-374

Fuentes electrónicas

Morales Luna, Félix (2013). *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*. Recuperado del sitio de internet <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/FELIX-MORALES.pdf>

Jurado Nacional de Elecciones (2009). Resolución n° 409-2009-JNE. Recuperado del sitio de internet: <http://www.oas.org/sap/docs/DECO/legislacion/PE/Resoluci%C3%B3n%20N%20409-2009-JNE.pdf>

Jurado Nacional de Elecciones (1999). Resolución n° 1411-1999-JNE. Recuperado del sitio de internet: <https://resoluciones.jne.gob.pe/>