Firmado digitalmente por: PAREDES GONZALES Alex Antonio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/11/2022 13:12:40-0500

Proyecto de Ley N° 3625/2022-CR

CONGRESO de la REPÚBLICA

PAUL SILVIO GUTIÉRREZ TICONA
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 381 DEL CÓDIGO PENAL, CON LA FINALIDAD DE BUSCAR PROFESIONALES IDONEOS PARA UN CARGO PUBLICO.

Firmado digitalmente por: PAREDES CASTRO Francis Jhasmina FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/11/2022 12:37:51-0500

Los Congresistas de la República que suscriben a iniciativa del congresista **Paul Silvio Gutiérrez Ticona**, miembro del grupo parlamentario "Bloque Magisterial de Concertación Nacional", en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107º de la Constitución Política del Estado y de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 22° y los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente propuesta legislativa:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 381 DEL CÓDIGO PENAL, CON LA FINALIDAD DE BUSCAR PROFESIONALES IDONEOS PARA UN CARGO PUBLICO

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente ley tiene por objeto sancionar penalmente a los funcionarios que nombran en cargos púbicos a ciudadanos que no reúnen los requisitos mínimos para ejercer la función pública.

Articulo 2.- Modificación del artículo 381 del Código Penal
Se modifica el artículo 381 del Código Penal, quedando redactados con el siguiente texto:

*"**Artículo 381.** El funcionario público titular o encargado que nombra, designa, contrata o encarga funciones públicas a una persona que no cuentan con los requisitos mínimos requeridos para el cargo público, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal**.*

*El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena **e inhabilitación**."*

Lima, 21 de Noviembre de 2022

Firmado digitalmente por: TELLO MONTES Nivardo Edgar FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/11/2022 09:16:37-0500

Firmado digitalmente por: GUTIERREZ TICONA Paul Silvio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21/11/2022 20:31:58-0500

Firmado digitalmente por: GUTIERREZ TICONA Paul Silvio FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 21/11/2022 20:32:14-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
22 NOV. 2022
RECIBIDO
Firma Hora 15:10

Firmado digitalmente por: QUIROZ BARBOZA Segundo Teodomiro FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 22/11/2022 10:14:44-0500

Firmado digitalmente por: MEDINA HERMOSILLA Elizabeth Sara FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/11/2022 10:48:19-0500

Firmado digitalmente por: VASQUEZ VELA Lucinda FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 22/11/2022 11:38:29-0500

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **25** de **noviembre** de **2022**

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición **N° 3625-2022-CR** para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de:

1. **JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO

En la presente propuesta de ley, se analizar el delito de nombramiento o aceptación indebida que con lleva a tener en cuenta aspectos generales referidos a la administración pública, debido que este delito presenta dos modalidades para su comisión, la cometida por los funcionarios públicos referidos al acto de nombramiento, y la otra, respecto a la aceptación, la cual tiene como autor a los particulares o a los propios funcionarios públicos cuando pretendan asumir algún cargo público superior sin cumplir con los requisitos solicitados por ley. Para poder tener un concepto más claro y amplio se ha recurrido a poner en consideración y relevancia jurídica lo desarrollado en la investigación ***"Agravación de la pena del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, favorecerá la reducción del índice de criminalidad"***[1].

Es por ello, que a continuación se precisa breves conceptos referentes a la corrupción.

Rotta (2004) menciona que, la corrupción no es algo nuevo, es un problema que lleva mucho tiempo incrustado en la población. Muchos países se han acostumbrado a este tipo de delincuencia, siendo visto con naturalidad, que señalarlo como un problema no resulta apropiado.
Enciso (2010) señala que, la corrupción es uno de los delitos más comunes y peligrosos que la sociedad puede percibir y que, no solo se da en un lugar en específico sino en todo el mundo y en los cargos mal altos de los gobiernos estatales. Asimismo, el Banco Mundial precisa que, más de un billón se paga en sobornos a nivel mundial y que considera a la corrupción como aquel abuso realizado en los cargos públicos para obtener una ganancia privada. Transparencia Internacional en la lucha contra la corrupción realiza informes de anuales para obtener la opinión de las personas respecto a los niveles de corrupción en todo el mundo, y producto de esos informes se llegó a saber que existe un alto índice de corrupción en la Organización de las Naciones Unidas.
Ramón (2014) refiere que, las malas conductas de los funcionarios públicos en el Perú es un gran problema que atraviesa desde hace mucho tiempo y que a lo largo de la historia se ha mostrado más crítica debido que, el carácter institucionalidad es aún prematuro.

Asimismo, Zacharakis, Antonopoulou, Travlos, Kipreos (2017) citando a Rose precisa que, en todos los países y en todos los regímenes existe corrupción, esto se debe a la falta de honestidad por parte de los funcionarios públicos que solo buscan obtener un beneficio ilegal. Entre las principales formas de corrupción se tiene al soborno, la malversación de fondos, fraude y la extorsión.

[1] Tesis Agravación de la pena del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, favorecerá la reducción del índice de criminalidad. Autor. Soto Milian, Sandra Marilú. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/56505/Soto_MSM-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

La corrupción tiene una característica fundamental puesto que, contienen un poder político, es decir, que se encuentra en la cima de la organización estatal y que independientemente del nivel en que se encuentren, ya sea regional, departamental o municipal, es propicio para se dé un mayor porcentaje de corrupción, puesto que, el objetivo es el encontrar una estrategia para no ser sancionados por los ilícitos que pueden cometer (Guimaray, 2018).

Al respecto, Parés (2017) citando a Maquiavelo señala que, la corrupción tiene predominio en la política, que tiende a tener como autores a funcionarios públicos que gozan de autoridad, de poder. Del mismo modo, precisa que el ser humano, no es saciable puesto que su propia naturaleza hace que quieren tener cada día más; sus deseos incrementan al grado de nunca poder estar saciable, lo que genera que los funcionarios tiendan a corromperse, pues por los altos cargos que ocupan, su ambición hace que sean considerados potencialmente corruptos.

En la misma línea, Quang,Van, Thanh, Duc (2016) definen a la corrupción como el abuso de poder de los funcionarios públicos con la finalidad de obtener ganancias en favor propio. Además, la definen como un resultado del incorrecto funcionamiento de las instituciones legales, económicas y políticas, que afecta tanto a las empresas como al desarrollo de la economía. La corrupción va ser siempre el resultado de una mala supervisión a los funcionarios con respecto a sus conductas, lo que conllevaría a generar graves consecuencias en el funcionamiento de la entidad estatal.

La corrupción es un mal que requiere muchos esfuerzos para combatirla, es necesario precisar que, existen ciertos factores que conllevan a funcionarios públicos a cometer estos actos ilícitos que atentan contra la administración pública. En el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, tienden a cometerlo guiados por actitudes, sentimientos, hacia los nombrados, pues, estos suelen ser muchas veces sus, amigos, conocidos, familiares etcétera.

Estos factores motivacionales tienen como elemento la motivación y oportunidad, lo que frecuentemente conlleva a la comisión de fraude y corrupción. Estos pueden tomar forma de: motivación económica, que es la más común, que cuando son condenados buscan pretextos; avaricia, las personas con poder y autoridad a menudo cometen fraude y corrupción por la codicia; prestigio o reconocimiento, sienten que merecen más reconocimiento y prestigio, están guiadas por los celos, la venganza, el orgullo y la ira que los hace creer que son superiores y que pueden no ser descubiertos; superioridad moral, ya que pueden estar motivadas por alguna causa o valores que consideren moralmente superiores (Kalunbanga, Kakwezi, Kayiise, 2013).

De igual manera, Gorsira, Denkers, Hisman (2016) citando a Dog, Powpaka y otros, menciona que, los descubrimientos basados en la experiencia sobre por qué las personas se ven envueltas en la corrupción, se llegó a la conclusión de que no solo se debe a los rasgos individuales fuertemente ligados a la conducta corrupta, sino que también, a las influencias sociales.

La corrupción está en todos los ámbitos e incluso dentro de los organismos de justicia, como el Poder Judicial, lo que ha reflejado la falta de integridad de sus representantes. Los delitos

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

perpetrados por los funcionarios públicos se dan por falta de respeto hacia el cargo que ejercen, en el delito de nombramiento o aceptación indebida, los funcionarios no toman en cuenta los requisitos y perfiles que solicita la ley sobre los futuros funcionarios que pretenden ingresar a la entidad pública, haciendo ingresar de esa forma a personas no calificadas con la condición de obtener un beneficio antes o después del nombramiento.
Es por ello que Hunt (2005), enuncia que la institución más corrupta en Perú en el Poder Judicial, pues cuenta con una alta tasa de sobornos. A través de una encuesta, se logró descubrir la magnitud considerable de sobornos respecto a la celeridad de los procedimientos judiciales en el Perú, es así, que, para evitar este tipo de corrupción, el Poder Judicial requerirá de una inversión continua, esto es para atraer y capacitar a más abogados y jueces, y evitar que se siga manchando por las conductas reprochables de sus funcionarios.

Díaz (2019) haciendo mención a la corrupción que se da dentro de la administración de justicia, señala que, los nombramientos respecto a los fiscales provinciales deberían tener en cuenta el cumplimiento de un perfil adecuado, pues, muchos de ellos obtienen el cargo por confianza, restándole importancia a la forma de elección, cuando se debería contar con personal altamente capacitado, que cumpla con el perfil que la designación lo amerita.

Por esta razón, la confianza que se le tiene a los funcionarios públicos es muy difícil, puesto que los pobladores van a tener confianza cuando los funcionarios públicos realicen actos que no perjudiquen la percepción que un poblador, el funcionario público debe mostrar integridad en la realización de sus funciones, ya que para lograr la confianza de la sociedad, se requiere que los funcionarios mantengan una conducta irreprochable dentro de sus funciones públicas (Güemes, 2019).

Es preciso mencionar que, los delitos que atentan contra la administración pública, no solo se ve reflejado en el Poder Judicial, sino en todos los organismos públicos del Estado. Sin embargo, es lamentable que el Poder Judicial siendo uno de los poderes más importantes, responsable de administrar justicia, de combatir a la delincuencia, esté manchado por las conductas delictiva de sus funcionarios, pues lejos está luchar contra la delincuencia, ya que, en lugar de sancionar a los funcionarios públicos por los delitos cometidos, los privilegia con penas consideradas benévolas, que no suelen reflejar el efecto sancionador.

Siguiendo con los aspectos generales, se debe tener en cuenta la definición de administración pública, puesto que el delito de nombramiento y aceptación indebida atenta contra la administración pública en la modalidad de ingreso de personal no apto a un cargo público.

Es así, que, la administración pública es entendida desde dos posturas, una objetiva, en la concurren las entidades y organismos, los cuales cumplen función administradora, siendo la responsable de designar y efectuar la ley, así como imponer y solucionar las exigencias planteadas; asimismo, se concibe el concepto subjetivo, siendo entendido como aquel que ejerce el cargo administrativo. Sin embargo, la noción que opera es la objetiva, pues a través de ella se consigue determinar las entidades y organismos que operan en el cargo administrativo (Martín, 2011).

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

El concepto de administración pública no ofrece una definición precisa, esto debido a la diversidad de significados de la palabra misma, ya sea por los diferentes campos en que se desarrolla la actividad administrativa. Administrar, es gestionar intereses que vayan de acuerdo con la ley, moralidad, también es la protección y la conservación de los bienes. Entendiéndose que, si los bienes y los intereses administrados son individuales, la administración privada se lleva a cabo; si es de la colectividad, se lleva a cabo la administración pública (Días y Gratão de Oliveira, 2016).
En las palabras de Ortiz (2017) citando a Max Weber, señala a la corrupción, como una organización estatal encargada de procesos que contribuyen a la sociedad mediante las respuestas a sus necesidades, elaborando estrategias que brinden una adecuada solución a la complejidad de sus demandas. Por lo que sus representantes, es decir, los funcionarios públicos deben contar con requisitos previos al ejercicio de sus cargos, puesto que deben ser personas altamente expertas y muy capaces, debido a que responderán a las necesidades que demanden los ciudadanos.

Asimismo, Cornejo (2020) señala que, la administración pública se encuentra constitucionalmente protegida, puesto que cumple con una función importante que involucra a los ciudadanos, ya que su fin es preservar el libre ejercicio de los ciudadanos a tener el acceso a sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones, actuando con justicia, disponiendo a la población los servicios que requieran para mantener la armonía entre la ciudadanía y el Estado.

Cuando se pretende sancionar al responsable del delito de nombramiento o aceptación indebida, se presentan ciertos inconvenientes, es por ello que se describe los siguientes conceptos tanto de funcionario y servidor público en la doctrina, vía administrativa, aspecto legal y el Código Penal.
A continuación, se desarrolla el concepto de funcionario público en la doctrina.

El funcionario público dentro de los delitos que atentan contra la administración pública es muy complejo, puesto que existe una gran dificultad a la hora de conceptualizar en un solo contexto. El concepto de funcionario público tiene divididos a una parte de los doctrinarios, ya que algunos manifiestan que aún no existe una regulación precisa, debido a que existe un concepto administrativo y uno penal.

Abanto Vásquez (2003), concuerda en que existe una discusión respecto a la definición de funcionario público en el derecho penal cuando se trata de interpretar los diversos tipos penales. Señala que la doctrina suele dividirse cuando se trata de precisar los elementos que integran la condición de funcionario público para efecto penal. La doctrina mayoritaria está basada en la existencia de 2 elementos imprescindibles: presencia de un título, que es el elemento subjetivo y la participación efectiva en la función pública como elemento objetivo. Y el otro sector de la doctrina que no le importa la existencia de un título, sino que basta la participación en la entidad pública.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Al respecto, Raúl Pariona (2014) enuncia que, para concretar el marco legal en la lucha contra la corrupción es necesario regular correctamente en el Código Penal el concepto de funcionario público, ya que es un problema que viene atravesando desde hace ya más de una década, señalando como ejemplo el caso del Kouri – Montesinos, el cual tuvo como consecuencia el derrumbe del régimen fujimorista, puesto que durante el juzgamiento, la defensa afirmaba que el congresista no era un funcionario público, debido que existía un sector de la doctrina que respaldaba su postura y otro sector que señalaba que sí era funcionario público para efectos penales, por lo cual fue la jurisprudencia precisó que el congresista Kouri si era funcionario público; por lo cual, era culpable del delito de corrupción.

Asimismo, el concepto de funcionario público ha sido definido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como todas aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para realizar alguna actividad o función a nombre del Estado o al servicio de este (Raúl Pariona, 2014).

En palabras de Fidel Rojas (2007), el funcionario público es un elemento muy importante dentro de la organización nacional de un país, puesto que ocupa un determinado estatus institucional y además tiene designado roles específicos que deberá cumplir; asimismo, es responsable tanto de manera positiva o negativa. Se habla de responsabilidad positiva cuando el funcionario cuenta con el asentimiento y reconocimiento por parte del Estado y la población; y responsabilidad negativa, cuando debe responder frente al órgano de control estatal. También, lo define como una persona física que presta servicios al Estado y que está esencialmente unida por nombramiento, delegación o elección popular, facultado de poder de decisión, ya sea expresa o a través de interés benéfico o nacional.

Raúl Pariona (2014) considera al funcionario público, como aquel que está revestido de potestades para mantener una relación con la población, pero que se encuentra subordinado por el Estado para obtener sus fines; es así, que, el poder otorgado es restringido por las normas legales y por el principio de la razonabilidad y proporcionalidad que establece de forma general el Derecho

Conceptualizado líneas arriba el concepto de funcionario público, se describe a continuación el concepto de servidor público en la doctrina.

Monje y Otazu (2017) citando a Monserrit, menciona que se debería considerar al servidor público como aquel individuo que de manera formal tiene una relación jurídica laboral con la entidad estatal mediante nombramiento previo, desprendido por la entidad administrativa competente o que se encuentre entre las listas de trabajadores con contrato temporal.

Jaramillo citado por Monje y Otazu (2017) manifiesta que, servidor público es aquel ciudadano que se encuentra legalmente nombrado para la realización de servicios a cambio de una remuneración y que se rigen por la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa, este servidor público realizará sus funciones dentro de las instituciones de derecho público o en entidades privadas con fin social o público.

Asimismo, indica que el servidor público es todo ciudadano que presta sus servicios de manera legal y que existe una relación de dependencia por ser nombrado o por haber ingresado a través de un contrato de forma ocasional a laborar en instituciones, entidades, órgano del Estado o en el sector privado; y de las cuales, el Estado tenga el mayor porcentaje de acciones o aportes ya sea total o parcial del capital o bien en un 50% en cualquier sociedad económica (Monje y Otazu, 2017).

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Desde la postura de Fidel Rojas (2007), este explica que en el ordenamiento legal peruano la palabra servidor público y empleado público tienen la misma connotación, puesto que ambos laboran para el Estado. La diferencia radica en que el servidor público no ostenta una representación del Estado, trabaja para este, pero no tiene la facultad de expresar su voluntad; el servidor público ingresa a laboral para el estado a través de contrato voluntario, es por lo cual que solo se encargará de brindar sus conocimientos técnicos y profesionales, en conclusión, es un trabajador que no tiene poder público y que está en estado de subordinado.
Señalado los conceptos de funcionario y servidor público en la doctrina, se presente a continuación los breves conceptos de los mencionados en vía administrativa.
Es preciso puntualizar que existe una diferencia entre el concepto de funcionario público en el ámbito administrativo y en el derecho penal, es por ello que se desarrolla algunas nociones que comprenden desde el punto de vista administrativo.

El Reglamento de la Carrera Administrativa dispuesto en el Decreto Legislativo 276 aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, en sus artículos 3 y 4 precisa el concepto servidor público y funcionario, señalando que: el servidor público es aquel individuo que presta sus servicios a una entidad de Estado bajo nombramiento o por contrato con la autoridad competente con la formalidad que amerita, horarios establecidos por mandato de ley y con remuneración lineal en un periodo regular, asimismo, cuenta con estabilidad ya que está haciendo carrera cuando es nombrado. A diferencia del servidor público, el funcionario es aquella persona que es elegida o designada por la autoridad competente, puesto que ejerce cargos de muy alto nivel en los poderes del Estado y de los organismos autónomos.
Ley N° 27815 – Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 4 señala que servidor público engloba a todo trabajador que labora para la administración pública, sin importar la denominación que se le dé o el rango que ocupe, es así que esta ley considera por servidor público a los funcionarios, servidores o empleados que cumplan una actividad o función a favor del Estado.
En ese mismo orden, la Ley N° 300057, Ley del Servicio Civil, en su artículo 3 inciso primero expone que, el funcionario público es aquel ciudadano que ostenta presentación política o cargo público y que realiza funciones a favor del Estado interviniendo en el manejo de la entidad estatal; asimismo, es el encargado de aprobar políticas y normas, y ser el representante público.
La Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría, en su novena disposición final señala que el servidor o funcionario público es toda aquella persona que tiene vínculo laboral, sin importar el régimen al cual pertenezcan, ya sea mediante contrato o cualquier otra relación con entidades.
La Ley de funcionario público y empleados de confianza (2005), en su artículo 5 precisa quienes son los funcionarios públicos e indica su clasificación. La cual está clasificada en 3 grupos: el primer grupo está constituido por aquellos funcionarios que ingresan ya sea de forma directa, universal o por elección popular, estos encuentran su regulación en la Constitución Política y demás leyes competentes. Lo integran en primer lugar el Presidente de la República, el Vicepresidente, los Congresistas, los Presidentes, Vicepresidentes y Consejeros Regionales y finalmente los Alcaldes y Regidores.
En el segundo grupo se encuentran los funcionarios de nombramiento y remoción, donde se señala el nombramiento, la instancia que lo nombra, el tiempo de vigencia y las posibles

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

causales para su remoción, las cuales se encuentran regulados por norma expresa, es decir están regidas de acuerdo a cada caso en concreto (Ley de funcionario público y empleados de confianza, 2005).

Los que lo integran son: Los titulares, el Presidente y los Miembros de los órganos constitucionales; titulares de las entidades públicas que tengan personalidad jurídica, el Presidente de la Corte Suprema y Vocales Supremos; los Rectores, Vicerrectores y Decanos de las Facultades de las Universidades Nacionales; el jefe y los miembros del Consejo Directivo de los organismos que regulan; los Vocales que integran los Tribunales Administrativos en las entidades estatales y los que se encuentran determinados en la Ley especial (Ley de funcionario público y empleados de confianza, 2005).

Y finalmente, de acuerdo a la Ley de funcionario público y empleados de confianza (2005), están los funcionarios públicos de libre nombramiento y remociones, estos ingresan a la función pública a través del libre poder de decisión de los funcionarios públicos de confianza o por designación de los funcionarios de nombramiento y remoción que están regulados. Se tiene que tener en cuenta para su ingreso los requisitos que se requiere para el buen desempeño del puesto.

Los que integran este grupo son: Ministro del Estado, los Viceministros, los Secretarios Generales de las entidades del Poder Ejecutivo, el Presidente del Directorio, Secretarios o Directores Ejecutivos, Presidentes y miembros del Directorio y Gerencia General donde el Estado tenga una mayor participación, Gerentes Generales de los Gobiernos Regionales y Locales y Prefectos y Sub Prefectos y demás que señala la ley (Ley de funcionario público y empleados de confianza, 2005).

Dicho de otra manera, La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su artículo 4 precisa la clasificación de los trabajadores que laboran en las entidades públicas. Por funcionario público se entiende como aquel que posee ventaja política y que se encuentran reconocido por la norma expresa, estos representan a una parte de la población y al Estado, dirigiendo la entidad pública o desarrollando políticas el Estado. Estos funcionarios ingresan a la función pública como se señaló en el la Ley del funcionario público y empleados de confianza.

Y para terminar, se señala la clasificación del servidor público para un mejor alcance en su conceptualización y determinación. Es así que el servidor público se clasifica en: director superior, que es el encargado de la supervisar al empleado público y que además realiza funciones administrativas, este ingresa a la función pública mediante concurso por méritos y capacidades del servidor ejecutivo, el cual no debe de exceder el 10 % del total de empleados en el lugar laboral; ejecutivo, se caracteriza porque su labor es importante ya que actúa de manera imparcial e independientemente a la ciudadanía, su actuar es objetiva; especialista, que tiene por ocupación las labores de ejecuciones administrativas; y finalmente, De apoyo, los denominados de auxilio o complemento. (Ley Marco del Empleo Público, 2004). A continuación, se presenta el concepto legal de funcionario público.

Los funcionarios públicos de acuerdo a la Constitución Política del Perú en el artículo 39 describe que el Presidente de la República ocupa el primer lugar en la jerarquía de funcionarios públicos, le sigue los congresistas, luego los representantes del ministerio de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, asimismo, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y finalmente los representantes de los organismos públicos descentralizados y alcaldes.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Asimismo, se tiene concepto de funcionario público en el Código Penal.
En palabras de Montoya et al. (2013), señala que, el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es muy amplio, es decir que abarca a los sujetos que se encuentran aislados en el Derecho Administrativo; es así que, el Derecho Penal no le interesa la denominación jurídica o la categoría en la que se desempeña el funcionario público, ya que solo busca la correcta y adecuada protección de la función pública, es así que pretende precisar quién es el responsable de lesionar, ya sea por el grado de proximidad o por la función que realizan, la correcta función pública.
De acuerdo al Código Penal en su artículo 425, señala quienes son considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales.
Es así que se tiene como funcionarios a los trabajadores comprendidos en la carrera administrativa; a los que desempeñan cargo político o de confianza e inclusive aquellos que son elegidos por elección popular; los del régimen laboral, independientemente del vínculo que los une, ya sea de forma contractual o de cualquier otra naturaleza, incluidas las empresas estatales y las sociedades mixtas comprendidas en actividades empresariales; los encargados de los embargos o depositarios, aunque sean de empresas particulares; los integrantes de las Fuerzas Policiales y Armadas; los funcionarios o servidores que son designados, elegidos o proclamados para desempeñar una función pública; y finalmente, los que indica la norma legal (Constitución Política del Perú, 1993).

Al ser el delito de nombramiento o aceptación indebida un delito que atenta contra la administración pública, se describe quien es titular del bien;
Montoya (2015) precisa que, el titular del bien en el delito contra la administración pública, concibe dos posturas, en primer lugar, al Estado desde la postura mayoritaria, la cual especifica que se verá afectada de manera concreta la entidad pública; y en segundo lugar, la que admite a la ciudadanía como titular del bien, debido que perjudica los derechos de los administrados y de la población en general, por lo que la ejecución del ilícito generaría peligro para el derecho subjetivo.
Asimismo, se tiene al bien jurídico protegido.
Echevarría (2019) señala que el bien jurídico en los delitos contra la administración pública protege la función pública, toda vez que el funcionario público es quien presta servicios al poblador cumpliendo su función de contribuir con las carencias que tiene la población, tal como educación, salud, seguridad, entre otras necesidades que sean indispensables para la convivencia en armonía con la sociedad.
Teniendo en cuenta los conceptos precisados líneas arriba, se presenta el análisis del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público
El Código Penal (2017) respecto al delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público regulado en el artículo 381, señala que, el funcionario público que realiza un nombramiento para cargo público a una persona que no cumple con los requisitos que la ley solicita, será sancionado con 60 a 120 días-multa e igual forma será castigado aquella persona que teniendo en cuenta que no puede ocupar el puesto público ingrese a la administración pública.
En primer lugar, se desarrolla la modalidad de nombramiento indebido.
La figura penal en el delito de nombramiento indebido.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Al respecto, Fidel Rojas (2007) señala que, el delito descrito en la modalidad de nombramiento es un delito de bases administrativas, sin embargo, algunas legislaciones lo han elevado al grado de delito.
Se evidencia entonces que, por el transcurrir del tiempo el delito descrito ha ido incrementando, es por ello que países extranjeros se han visto en la necesidad de utilizar el derecho penal para reducir el índice de casos referidos a los nombramientos ilegales.

El Bien jurídico protegido en la modalidad de nombramiento, es el siguiente:

Lo que se protege en el delito de nombramiento ilegal, es el correcto ingreso del personal a la administración pública, pues lo se debe preservar es la legalidad en los nombramientos, libre de irregularidades, sin que se llegue a dar cuestionamiento en la capacidad de los nuevos integrantes, puesto que la autoridad competente, por el rango mantiene puede hacer uso abusivo de su poder e ingresar a personas no aptas para el puesto requerido (Fidel Rojas, 2007).
En palabras de Salinas Siccha (2014), el bien jurídico protegido en el artículo 381 es la correcta administración pública, puesto que se pretende resguardar la legitimidad en los nombramientos del personal que ingresará a la función pública, se entiende que, el tipo penal busca proteger a la administración pública, alejándose de nombramientos ilegítimos que puedan poner en riesgo el correcto funcionamiento público, que deberá debe de mantenerse libre de irregularidades.

Como elementos típicos en el nombramiento indebido, se tiene al sujeto activo, sujeto pasivo y al comportamiento típico.

Se inicia precisando como elemento típico del delito de nombramiento indebido al sujeto activo. Fidel Rojas (2007) en relación con el sujeto activo, señala que, es aquel funcionario público que tiene la potestad de nombrar, este no puede ser un servidor o un empleado público; asimismo, precisa que la persona que propone no podrá ser considerado como autor o coautor porque se requiere estar facultado legalmente con poder de nombramiento, no siendo suficiente con ser funcionario.

De la misma forma, Salina Siccha (2014), concibe como sujeto activo aquel funcionario que cuenta con poder de nombramiento, dejando sin efecto a los servidores públicos, puesto que la doctrina señala que el autor del delito de nombramientos indebidos deberá tener facultad de nombrar, es por ello que se le considera una figura especial, puesto que el autor delictivo tiene que ser un funcionario público con potestad de nombramiento.

Cuando se trata del sujeto activo en los delitos de nombramientos ilegales, el único autor va ser siempre un funcionario público, con la práctica se ha llegado precisar que muy aparte de ser funcionario público, este tiene que estar facultado para realizar nombramientos, de lo contrario, estaría incurriendo en el delito de usurpación de funciones. Se debe precisar que, no se trata si es que el funcionario es esencialmente competente para realizar el nombramiento, sino que haya efectuado un nombramiento indebido yendo contra las normas establecidas (Abanto Vásquez, 2003).

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Y, como sujeto pasivo en el delito de nombramiento indebido, se tiene al Estado.

Sin embargo, se debe señalar muy aparte de lo que la doctrina menciona, que la sociedad, la ciudadanía, deberá considerarse como sujeto pasivo, puesto que cuando ingresa a laborar una persona no califica a la administración pública, no solo se ve afectado la legalidad en el ingreso del personal, sino también parte del tesoro público, puesto que estos funcionarios cuando ingresan a laborar perciben una remuneración; asimismo, perjudica a los posibles candidatos que sí cumplen con los requisitos que la ley solicita.

Finalmente, como último elemento típico se tiene al Comportamiento típico, que involucra las definiciones de nombramiento, cargo público e ilegitimidad en el nombramiento.

Se precisa que hacer un nombramiento implica que el funcionario que va nombrar deba cumplir con todas las formalidades que amerita la designación legal para el ingreso de nuevo miembro a la función pública, con ello se entiende que el nuevo integrante deberá cumplir con todos los requisitos legales que son solicitados o exigidos de acuerdo al puesto que aspiran (Fidel Rojas, 2007).

Cabe decir que, la Ley de Funcionarios Públicos de Confianza (2005), menciona que el nombramiento, es aquel que se da a nivel administrativo y que permite el ingreso de un particular a laborar para una entidad del Estado o para ejercer la carrera pública, asumiendo responsabilidades que estarán bajo la supervisión de un ente superior.

De acuerdo a Fidel Rojas (2007), indica que el nombramiento se da antes de la proclamación, juramentación o el ejercicio del puesto laboral, de acuerdo a los rituales propios que se dan dentro de la administración pública cuando ingresa un nuevo funcionario público a laborar.

Cargo público como elemento típico, se entiende lo siguiente: cuando se señala que el nombramiento va ser para cargo público, significa que el funcionario es el que puede realizar el nombramiento y que el puesto en que va desempeñar el nombrado solo deber ser correspondido para el nuevo funcionario público (Fidel Rojas, 2007).

Abanto Vásquez (2003), respecto a la ilegitimidad del nombramiento, indica que se entiende por ilegítimo aquel que no está establecido por las normas legales, es así que cuando se trata de la ilegitimidad en el nombramiento, no se refiere al personal que va ingresar a la función pública, ya estos pueden ser servidores públicos o cualquier otro trabajador e incluso un funcionario público cuando pretenda asumir un cargo superior es decir por ascensos. Es por ello que se considera ilegítimo un nombramiento cuando por ejemplo el que nombra no cuenta con un título profesional que se requiere para el cargo.

La tipicidad subjetiva en el nombramiento indebido requiere que el funcionario haya actuado con voluntad, es decir que tenga pleno conocimiento de su actuar.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

El delito descrito en el artículo 381 solo va admitir el dolo, y de ninguna manera la culpa, puesto que el funcionario público como agente siempre tendrá conocimiento de lo que está realizando, es así que conoce que la persona que ha nombrado no reúne los requisitos legales exigidos por ley. Es por ello, que solo se va admitir el dolo directo puesto que el funcionario conoce perfectamente los requisitos que debe reunir la persona que nombró (Salinas Siccha, 2014).

El delito de nombramiento indebido solicita que el funcionario público tiene que actuar con voluntad y conocimiento, es decir exige la presencia de dolo para se configure el delito penal, puesto que el funcionario público es quien representa a la sociedad y tiene la calidad de garante dentro de la administración pública; asimismo, es preciso señalar que para este autor, es suficiente el dolo eventual, ya nuestra legislación no precisa el elemento de " a sabiendas" como otras legislaciones sí lo hacen, también se es considerado admisible el error de tipo invencible en el acto de nombrar. Se admite el error de tipo invencible, en el acto del nombramiento por parte del funcionario (Fidel Rojas, 2007).

Consumación y tentativa en el delito de nombramiento indebido.

Salinas Siccha (2014) enuncia que, el nombramiento ilegal se consume en el momento que el funcionario público hace el nombramiento público de la persona que no cumple con los requisitos que la ley solicita; asimismo, queda en grado de tentativa cuando el funcionario, por ejemplo, después de nombrar, quiera anunciar el nombramiento a través del diario oficial o a través de una resolución, se ve descubierto quedando frustrado el nombramiento indebido.

En palabras de Fidel Rojas (2007), señala que por ser un tipo penal de comisión instantánea y de resultado se va requerir que el funcionario realice un acto formal para que se dé por consumado, puesto que no basta con solo proponer, designar o hacer entrega del material laboral. Al respecto, sobre la tentativa, se indica que es admisible, incluso el desistimiento, ya que el nombramiento es proceso estructurado por etapas.

Continuando, se presenta el análisis del delito de aceptación indebida para cargo público.
En primer lugar, se desarrolla la figura penal en la aceptación indebida.

Fidel Rojas (2007), señala que el Código Penal se ampliado respecto al delito de nombramiento indebido, puesto que ahora la persona que es nombrada para ejercer el cargo público siempre y cuando acepte, tendrá relevancia jurídica penal; lo que pretende la norma es que se cierre el círculo de tipicidad, con la finalidad de tener una mayor protección punitiva.

A continuación, se describe el Bien jurídico protegido de aceptación indebida.

El bien jurídico protegido es el mismo que en el nombramiento indebido, es decir que se protege la legitimidad de los nombramientos, apartando todo acto de irregularidad que perjudique a la administración pública.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Asimismo, se señala los elementos típicos en el delito de aceptación indebida, son el sujeto activo, pasivo y el comportamiento típico.

Sujeto activo y pasivo

El sujeto activo en la aceptación indebida es el nombrado, es decir aquel que aceptó el nombramiento, este puede ser un trabajador particular como también un funcionario público o servidor. El sujeto pasivo siempre va ser la administración pública (Fidel Rojas, 2007)
En palabras de Abanto Vásquez (2003), este nos menciona que el sujeto activo podría ser cualquier ciudadano que aceptase el nombramiento ilícito, estos también pueden ser un funcionario público que está en ascenso o que va desempeñar otro cargo público.
En el comportamiento típico de la aceptación indebida, se encuentra: la aceptación del cargo y la falta de concurrencia de los requisitos legales.
El aceptar el cargo, consiste en que la persona nombrada, está conforme con el nombramiento, esto es aceptando de forma escrita o asumiendo funciones destinadas al cargo. Sin embargo, cuando solo se haya dado una simple designación sin emitir pronunciamiento sobre la persona nombrada que anuncie su aceptación, no constituirá delito Abanto Vásquez (2003).
La falta de requisitos de legalidad, se da cuando el nombrado acepta el cargo a pesar de no contar con los requisitos solicitados por ley, es decir que no cuenta con lo establecido para cada caso en concreto, ya que un sector de la doctrina exige los requisitos con los que incumple sean esenciales Abanto Vásquez (2003).
Fidel Rojas (2007) menciona que la naturaleza de los requisitos de los nombramientos ilegítimos, son aquellos que se encuentran estipulados en las leyes o las de menos jerarquía, como las resoluciones administrativas o reglamentos, etcétera. Se entiende que el funcionario no es quien crea estos requisitos, es por ello que estos requisitos legales exigidos para cada cargo deberán analizarse de acuerdo al rango del cargo.
Tipicidad subjetiva en el delito de aceptación indebida.
Salinas Siccha (2009), enuncia que el funcionario o particular que sabe que no cuenta con los requisitos que legales, decide aceptar al cargo e indudablemente, empieza asumir las funciones designadas. Es por ello que el dolo directo está presente en estos casos.
La tipicidad subjetiva, que se presenta en esta modalidad, es la del dolo directo, puesto que se requiere que la persona nombrada conozca los requisitos que se solicitara ocupar el nombramiento.
Consumación y tentativa de la aceptación indebida.
El delito de aceptación indebida se va consumir cuando el nombrado realice una aceptación de manera expresa de la obligación laboral. Asimismo, se advierte que no se acepta la tentativa, puesto que es imposible que se esta figura (Abanto Vásquez, 2003).
Salinas Siccha (2014) respecto a la consumación en la aceptación indebida, señala que, el delito se consume cuando el sujeto acepta formalmente el cargo, ya sea mediante juramento, firma o simplemente asume el puesto, dependiendo de las formalidades del cargo. Esta modalidad en la aceptación, no acepta la figura de tentativa.
Para culminar esta parte del capítulo referente al análisis del delito de nombramiento o aceptación para cargo público, se desarrolla la sanción establecida en las 2 modalidades establecidas en el Código Penal.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

La sanción tipificada en el artículo 381 del Código Penal señala que el que comete el delito de nombramiento o aceptación indebida será reprimido con 60 a 120 díasmulta. Sin embargo, como se ha señalado, esta sanción es considerada benévola, puesto que el este delito está siendo muy indulgente con aquellos funcionarios y particulares que atentan contra el correcto funcionamiento de la administración pública, además, es preciso que en el tipo penal base no se ha descrito la pena de inhabilitación literalmente sino se encuentra dispuesto en artículo aparte con una inhabilitación accesoria.

La pena establecida en el artículo 381 es de 60 a 120 días-multa, sin embargo, es preciso señalar que de acuerdo al artículo 42 la pena de multa puede extenderse en un mínimo de 10 días-multa a un máximo de 365 días-multa. Cabe mencionar que teniendo como extensión máxima 365 días-multa, el delito de nombramiento o aceptación indebida con 120 días como máximo resulta insignificante.

De acuerdo al Código Penal en su artículo 41, precisa el concepto de multa, el cual está constituido por la obligación del condenado a pagar al estado en días-multa. Estos días multas está constituido por el ingreso promedio de su remuneración diaria del condenado, el cual va ser determinado ateniendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, su nivel de gatos y demás signos de riquezas exterior.

Montoya (2015) menciona que la pena de multa consiste en realizar un pago en dinero puesto que lo que se pretende es el detrimento patrimonial del condenado, de esa forma se intenta imponer un mal necesario como instrumento de prevención del delito.

Como se mencionó líneas adelante, está pena encuentra su descripción en el artículo 42 del Código Penal, sin embargo se recalca que la pena de multa está regulado desde los artículo 41 hasta el artículo 44, la cual exige para su aplicación, que debe estar contenida en un artículo de la parte especial, es decir que para que se sea aplicada debe de estar descripta en el tipo base del delito, dicha sanción se encuentran descritas en los delitos contra la administración pública, tal como el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público (Montoya, 2015). Se señaló que el tipo base del delito de nombramiento o aceptación indebida no describe la inhabilitación, sin embargo, en el artículo 426 del mismo cuerpo legal precisa que los delitos descritos en los capítulos II y III, delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos contra la administración de justicia respectivamente, que no contemplen la pena de inhabilitación serán sancionados por los incisos 1, 2,4 y 8 del artículo 36 y 38 del Código Penal.

La inhabilitación se va producir cuando se disponga la sentencia según lo siguientes: se dará la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque este provenga de elección popular; asimismo, incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; y, privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido e agente para cometer el delito (Código Penal, 2017).

Cuando menciona a la inhabilitación, se debe de indicar que existen 2 tipos, la inhabilitación principal y la accesoria.

De acuerdo al artículo 38 del Código Penal, se menciona que la inhabilitación es principal cuando su duración puede llegar hasta los 10 años, es decir se extiende de los 6 meses hasta la cantidad de años mencionados, sin embargo, pude darse la incapacidad definitiva cuando se

trate de los supuestos descritos en los incisos 6,7 y 9 del artículo 36. Es preciso señalar que, cuando se trate de ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos, la inhabilitación se va extender desde los 5 hasta los 20 años, estos delitos son los que se regulan desde el artículo 382, 383, 384, 387, 389, 393, 393-A, 394,395, 396, 397, 397, 397-A, 398, 399, 400 y finalmente el 401, la inhabilitación principal será perpetua cuando el agente sea parte de una organización criminal o que actúe a favor de ella.

Acuerdo Plenario 2 – 2018/CJ-116 señala que la inhabilitación principal es aquella que no se encuentra sujeta a ninguna otra pena, es decir que se va imponer de manera independiente sin estar subordinada a ninguna otra pena, por lo que va actuar de manera autónoma, sin embargo, puede ser aplicada de forma conjunta con una pena privativa de libertad o multa. Esta inhabilitación guarda su autonomía cuando se trate de un tipo delictivo descrito en la parte especial del Código Penal o de otras normas penales complementarias.

La inhabilitación accesoria se encuentra regulado en el artículo 39 del Código Penal en que se entiendo como aquella inhabilitación que se impondrá cuando el delito cometido por el agente delictivo ya condenado establezca abuso de autoridad, de cargo, de profesión, ya sea también de oficio o poder, asimismo, cuando viola un deber esencial a su función pública, comercio, industria, patria potestad, así como también de tutela, curatela o que no haya actuado de acuerdo a la actividad que este regulado por la ley.

Acuerdo Plenario 2 – 2018/CJ-116 en su considerando séptimo, precisa que la inhabilitación accesoria es aquella que no tiene vida propia y solo se va aplicar de manera conjunta, únicamente en compañía de una pena principal, este mayormente es la pena privativa de libertad, ya que va complementar y castigar la acción que violente los deberes especiales que se imponen en el ejercicio de su cargo, profesión, entre otros, este se va basar en la incompetencia de su función.

La sanción descrita para el delito de nombramiento o aceptación indebida contempla de forma literal solo los días multa no estableciendo la inhabilitación, esta sin embargo se encuentra regulado en el artículo 426, en el capítulo de disposiciones comunes.

Siguiendo, se explica el tratamiento del delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público que está regulado en las legislaciones extranjeras.

Zamora (2012) citando al Código Penal de Argentina, señala que, en el artículo 253 los funcionarios públicos son sancionados con multas e inhabilitación; las multas están comprendidas entre los 750 a 1200 pesos, y la inhabilitación de 6 meses a 2 meses, para aquel funcionario que proponga o nombre a cargo público a quien no cumpla con los requisitos de ley y que lo mismo ocurrirá para aquella persona que acepte el cargo sabiendo que no cumple los requisitos solicitados por la ley.

En el artículo 405 del Código Penal de España (1995) respecto al delito de nombramiento este lo describe como, aquel funcionario público que sabiendo que el postulante para el cargo público no cumple con el perfil legítimamente determinado, lo nombrara y le permitiera el acceso al ejercicio público, generando el ilícito, puesto que solo los funcionarios que cumplan con los requisitos tienen derecho a formar parte de las entidades del Estado. Por lo que, su comisión traerá como castigo multa e interrupción de su labor hasta por tres años; esta multa estará comprendida entre los 3 meses hasta no mayor de 8 meses.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

La legislación española sanciona en artículo diferente a aquellos particulares que aceptan el nombramiento; sin embargo, mantiene la misma sanción de aquel que realiza el nombramiento, este se encuentra regulado en el artículo 496 del Código Penal español.

En el artículo 220 del Código Penal de Chile (2020) la tipificación del delito por nombramiento indebido en la legislación chilena, establece el término de empleado público en lugar de funcionario público, indicando que, si este designó a un particular a ocupar un lugar laboral en la entidad pública teniendo conocimiento que no cumplía con los requisitos que las ley solicitaba, será castigado con una pena de inhabilitación, y que está será designada por un periodo en cualquiera de sus niveles, y la multa estará constituida por 5 a 10 unidades tributarias mensuales. A diferencia del Código Penal peruano, en la legislación chilena no se castiga a la persona que acepta el cargo público.

Fidel Rojas (2007), en la legislación comparada, señala que el delito de nombramiento indebido en Bolivia está regulado en el artículo 757 del Código Penal, en la que se describe que será sancionado con 30 a 100 días, el funcionario público que proponga en terna o nombrase para algún cargo público a personal que no cuenta con la condición legal para el su correcto desempeño.

El artículo 335 del Código Penal de Costa Rica, señala que será castigado con 30 a 90 días-multa aquel funcionario que proponga o nombrase para cargo público a una persona que no cuenta con los requisitos legales (Fidel Rojas, 2007).

En la legislación guatemalteca, el delito de nombramiento indebido se encuentra regulado en el artículo 1973 del Código Penal, en este se describe que el funcionario público que sabiendo que el personal no cuenta con los requisitos legales, proponga o nombrase para desempeñar un cargo o empleo público, tendrá una sanción De 1 a 500 quetzales (Fidel Rojas, 2007).

En Perú, la sanción impuesta para el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público guardan cierta similitud con las legislaciones extranjeras mencionadas respecto a los días-multa. La pena descrita en el artículo 381° de la legislación peruana es muy benigna, lo que ocasiona que malos funcionarios hagan uso de su poder para nombrar a personas no calificadas a cargos públicos.

Por último, aludiendo al último objetivo de la investigación se tiene a la propuesta de modificación de la pena en el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, para lo cual se desarrolla las siguientes nociones.

Las conductas descritas en el artículo 381, son los ilícitos ejecutados por personas específicas, es decir, no cualquier individuo podría cometer un delito especial; precisamente en el título dieciocho del segundo libro del Código Penal, se describe aquellos delitos que atenta contra la administración pública, y en su segundo capítulo, se detalla solo aquellos que son cometidos por los funcionarios públicos, lo que los convierte en delitos especiales, es decir, que los autores gozan de una potestad única que personas ajenas no podrían tener; sin embargo, el mismo artículo describe de manera específica también al particular que comete la acción de aceptación.

Para el desarrollo de la propuesta de modificación de la pena, se describe la potestad que tiene el derecho penal sobre las sanciones por las conductas ilícitas que cometen los autores que infringen las normas jurídicas.

Clavijo (2014) señala que, el derecho penal simboliza la intervención social a través del poder punitivo que le confiere el Estado, pues, con la criminalización busca sancionar las conductas que atentan contra el ordenamiento jurídico, preservando su función de prevención y represión,

ya que se pretende controlar las conductas de los individuos. Sin embargo, es necesario entender que se va recurrir al derecho penal cuando las acciones cometidas sean altamente reprochables.

Themis (2015) indica que, el derecho penal, es considerado un instrumento de prevención útil, pues, permite que la corrupción no incremente. Es así, que, busca que los malos funcionarios públicos no sigan inmersos en la administración pública cometiendo actos deshonrosos. Asimismo, contribuye con mandar un mensaje preventivo a los habitantes para que no se vean involucrados en actos ilícitos a través de sanciones, de penas. En menester mencionar que, muchos de los funcionarios que administran justicia tienen a tener tolerancia ante delitos de corrupción, puesto que se han acostumbrado a este tipo de acciones; sin embargo, esa tolerancia no solo se encuentra en los juzgados, sino que cada día se generaliza, abarcando varios sectores del Estado.

Jakobs citando Sánchez (2010) precisa que, la finalidad del derecho penal es garantizar que se cumplan con las normas establecidas en el ordenamiento jurídico penal; ya que, el derecho está constituido como una herramienta que garantiza la estabilidad general mediante acciones que versan sobre las instituciones que tratan sobre las perspectivas sociales. Se entiende que somos una sociedad que necesita seguridad frente a las acciones que otros individuos puedan tener, por ello, el derecho penal busca a través de su normatividad jurídica el equilibrio de las conductas de sus habitantes para preservar la confianza en su poder punitivo

Es por ello que, las sanciones reprochables encuentran su regulación en un cuerpo normativo, garantizando de esa forma que las personas que cometan los ilícitos descritos, tengan una sanción; asimismo, asegura la comisión de futuros infractores de la norma.

Las sanciones impuestas en el ordenamiento legal tienen su fundamento en título preliminar, en el artículo primero, el cual busca la prevención de las conductas criminales resguardando al individuo humano y a su colectividad (Código Penal, 2017).

Es así, que, cuando el infractor de la norma comete un ilícito estipulado en las normas legales, merece una pena que se encuentra regulada en los tipos bases. Aunque, claramente se puede apreciar que la pena con la que se sanciona al delito de nombramiento no responde a una sanción severa que prevenga futuros hechos delictivos en contra del funcionamiento correcto de la administración pública.

Jakobs citado por Montoya (2006) señala que, la pena no solo se basa en mantener la identidad de la nación, tiene que representar el mantenimiento de esta identidad pues no representa a la consecuencia de la sanción. Se puede decir que la pena se les atribuye a ciertos efectos de la psicología, ya sea individual o social con diversos rasgos; pero, independientemente de lo que se le vincule, la pena tiene independencia.

Las penas establecidas buscan reducir la índice criminalidad teniendo como función, la prevención de conductas delictivas, asumiendo el resguardo de los bienes jurídicos y la reintegración del agente delictivo a la sociedad (Código Penal, 2017).

Meini (2013) menciona que existen teorías que determinan la finalidad de la pena, las llamadas teorías relativas; de manera que, la finalidad que justifica la pena en la prevención especial, va dirigido a aquellos individuos que han cometido delitos, pretendiendo lograr que no vuelvan a delinquir; y en prevención general, busca limitar el accionar de los futuros infractores de las normas con la finalidad de que no cometan ilícitos.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Las sanciones descritas para los delitos de ejecutados por los funcionarios públicos, no han sido impedimento para que los agentes delictivos sigan atentando contra la administración pública. Lo que ha conllevado a resaltar que las penas con las que se sanciona no son lo suficientemente severas. Por lo que demuestra que los índices de criminalidad cometidos por funcionarios públicos han ido en aumento.

De acuerdo al artículo 28 del Código Penal peruano, existen 4 clases de penas: La pena privativa de libertad, las restrictivas de libertad, las limitativas de derechos y las penas de multa. Chang (2013) señala que las penas privativas de libertad tienen una duración de 35 años como máximo y 2 días como mínimo. Asimismo, se tiene que las penas restrictivas de la libertad se aplican a los extranjeros; las penas limitativas de derechos, presentan 3 tipologías: las prestaciones de servicios a la comunidad, las limitativa días libres y finalmente las de inhabilitación; y por último se tiene las penas de multa, estas se presentan cuando el condenado tiene que pagar al Estado en días-multa.

En el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público sanciona con una pena de multa, la cual estará comprendida de 60 a 120 días- multa. Esta sanción es considerada muy benigna puesto que, no solo atenta contra el correcto funcionamiento de la administración pública, sino, también contra los derechos fundamentales de la población. Asimismo, como se mencionó, este delito no considera de manera literal la consignación de inhabilitación, ya que está regulada en el artículo 426 en las disposiciones comunes debido que no la sanción no una pena privativa de libertad.

La propuesta de agravar la pena en el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, tiene sustento en los principios de necesidad y merecimiento, pues, como se ha redactado líneas anteriores, este delito no tiene una pena merecible, ya que, su sanción es de días multa, razón por lo cual induce a que dichas conductas se sigan realizando por los funcionarios públicos, trayendo consigo, el incremento del índice de criminalidad, por esta razón, se requiere la agravación de la sanción, amparándose en la necesidad y merecimiento de la pena.

Galán (2016) precisa que, la necesidad de pena tiene su fundamento en la prevención de manera general y especial. Cuando se menciona a la prevención general, este se basa en una imposición que doblega el actuar del autor cuando pretenda cometer un ilícito, pues, a través de la prevención general se lanza una advertencia o una especie de amenaza para que no se cometan los tipos penales descritos en el Código Penal; sobre la prevención especial, esta se orienta en el bienestar del individuo, buscando su resocialización. Además, se señala que algunas veces se ha preferido la dignidad humana frente a un hecho que constituye una restricción en su libertad, por razones que, según no tiene notabilidad penal de acuerdo a la política de prevención.

Galán (2016) señala que, el merecimiento de pena tiene que cumplir con la teoría del delito, es decir, sea típica, antijurídica y culpable. Es típico cuando la conducta realizada se encuentra descrita en el tipo penal; es antijurídico, cuando la acción reprochable va en contra del ordenamiento jurídico y atente contra un bien jurídico protegido; y es culpable, cuando el autor es consciente de sus conductas y que aun sabiendo que es una conducta ilícita, decide cometerla.

Matus (2013) mencionando a Paul H. Robinson, respecto al merecimiento de la pena, precisa que se ha planteado una noción basada en la experiencia, donde se imputa la culpabilidad al

propio trasgresor por haber infringido las reglas de conductas impuestas en la normatividad, es así que, la pena y duración está ligada en su culpabilidad. La pena precisamente viene de teorías filosóficas, sino, de la propia realidad de la percepción de la sociedad, puesto que viven en el mismo espacio-tiempo; siendo que, se podría realizar encuestas basadas en la percepción y se determinaría que el infractor de la norma merece una pena privativa de libertad, ya que comunidad lo percibe así por la gravedad de sus acciones.

No obstante, cuando se habla de merecimiento de penas, ya sea privativas de libertad o de multas, estas no guardan una relación entre las instituciones de justicia y lo que la sociedad aclama.

Landa (2017) señala que, la pena no encuentra su justificación en razones de compensación respecto a la culpabilidad, pues, la necesidad de concebir la pena no solo buscará tener un efecto preventivo y protector de los ciudadanos; sino que, buscará a través de la necesidad, garantizar y preservar el Estado de Derecho, demostrando que su representación es inquebrantable.

Cuando se habla de necesidad de pena, se hace mención al principio de necesidad como el límite de la potestad del derecho para intervenir cuando no se pueda mantener el control estatal, es decir, que, a través de este principio, se busca prevenir las conductas ilícitas estableciendo un castigo con las penas (Velásquez, 2001).

En el delito de nombramiento o aceptación indebida es merecible una pena privativa de libertad, pues, los que cometen este ilícito son personas que tienen pleno conocimiento de las conductas que realizan, ya que el nombrar a una persona para ocupar un cargo público no lo realiza cualquier persona, sino una persona preparada que tiene estudios superiores y goza un poder que es emanado del Estado.

Guimaray (2015) precisa que, los altos funcionarios públicos siempre se encuentran inmersos en los altos índices de corrupción, pues el estar ligado a las entidades públicas ha conllevado que los representantes del Estado se vean involucrados en delitos que atentan contra la administración pública, distorsionando económicamente su eficiencia.

Por esta razón, este delito no debería sancionarse con días-multa, sino con una pena privativa de libertad, ya que cumple con el merecimiento de pena, es así que existe la necesidad de una pena que cumpla con su fin, puesto que la sanción de días-multa es considerada como la más benévola.

Es así, que existe la necesidad de establecer un castigo más severo para aquellos funcionarios que atentan contra la administración, por el mal manejo de sus funciones. Es menester mencionar que, la agravación de la pena es necesaria, pues el delito regulado en el artículo 381 del Código Penal, es un delito pluriofensivo, no solo afecta un solo bien jurídico, referido al correcto funcionamiento de la administración pública, sino que, atenta también contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya sea en salud, educación, justicia.

Se desarrolló los tipos de penas que existen en el ordenamiento jurídico peruano líneas arriba, de ello se desprende que en el delito que involucra a los funcionarios públicos, respecto a los nombramientos indebidos, tiene una pena demasiado benévola, lo que ha ocasionado que se incrementen el índice de criminalidad.

Zuñiga (2018) considera que, la criminalidad es un problema muy grave que se da tanto en el ámbito político como social; es considerado un problema político, pues las conductas ilícitas

traerán consecuencias, tal como, disponer que dichos comportamientos reprochables sean considerados como delitos, por lo que se buscará sancionar con pena, ya que se ha considerado proteger el bien jurídico perjudicado. Y, el problema se convierte en social cuando involucra a todo el Estado, los cuales de alguna manera de forma individual o colectiva buscarán una solución a los problemas graves dados en la realidad.

La criminalidad ha ido cada día aumentando, generando con ello, altos índices de corrupción en todo el Perú.

Defensoría del Pueblo (2019) precisa que, en la onceava encuesta a nivel nacional sobre la percepción que tienen en cuanto a la corrupción en Perú, en el año 2019 de enero a diciembre se conoció que la corrupción está en un 62%, ocupando nuevamente el segundo lugar como uno de los problemas más trascendentales; asimismo, se tiene que ha estado en constante incremento desde el año 2013.

Asimismo, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, señala que en el año 2018 los niveles de corrupción en el Perú habían incrementado de manera notoria, llegando a saber que los casos vistos sobre corrupción en el año 2016, eran 32925; sin embargo, en tan solo dos años incrementó a 40759. Los departamentos con más casos de corrupción fueron Áncash, ocupando el segundo lugar, y, Lima, encabezando la lista de los más altos índices de corrupción. Los departamentos de Junín, Ayacucho y Arequipa también tienen un gran índice de criminalidad. Por ello, la población intuye que en el transcurso de los años seguirá en aumento. Y que, está corrupción se da más en las municipalidades distritales y provinciales (Defensoría del Pueblo, 2019).

Proética (2020) describe que existe una lista de instituciones en que, la población mide el índice donde se desarrolla más criminalidad por los funcionarios públicos, precisando que, el Congreso ocupa el primer lugar con 76 %, el Poder Judicial el segundo lugar con 47%, y, finalmente, los partidos políticos se encuentran el tercer lugar con un 31 % de alusiones. Se debe señalar que en las serranías del Perú y en el Oriente, la percepción es mucho más superior a comparación de la costa.

Es imprescindible señalar la Casación N° 48-2014 –Moquegua, que tuvo como protagonistas al Ex -Presidente de la República, el Ingeniero Martín Alberto Vizcarra Cornejo y a Abraham Mario Ponce Sosa. Siendo el primero allá por el año 2013 aún Presidente del Gobierno Regional de Moquegua, incurrió en el delito de nombramiento indebido a favor de Edwin Hernán Adriozola Flores y a este por el delito de aceptación indebida para cargo público. Sin embargo, la sentencia de primera instancia los absolvió por los delitos mencionados, la cual fue apelada, pero reiteradamente confirmaron la sentencia en la que se les absolvía. Es por ello que el Ministerio Público interpone el Recurso de Casación, sin embargo, esta declaró inadmisible el mencionado recurso.

Se ha señalado la casación, para demostrar que el delito de nombramiento o aceptación indebida, no está teniendo una correcta sanción, puesto que se ha evidenciado que, los funcionarios públicos que ocupan los altos cargos, son absueltos, sin tener un castigo ejemplar por sus malas conductas, al contrario, ocupan altos cargos más altos, como el que ocupaba el Ingeniero Martín Vizcarra Cornejo, que fue Presidente del Perú. La realidad ha demostrado que el expresidente ha cometido en el tiempo que duró su gobierno, muchas irregularidades que ve afectada la administración pública.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Para luchar contra la corrupción, es necesario modificar el conjunto legislativo, teniendo como base los principios de la Constitución Política, la legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia, adaptando el desempeño de modelos y criterios. Junto a esta adaptación de razones fundamentales, es necesario reformar o reintroducir necesariamente componentes de control de corrupción (Regis, 2009).

La conducta realizada por los funcionarios en la administración pública es muy complicada y es más, pretender removerla; sin embargo, para poder erradicarla se va requerir de la voluntad de los políticos, de acciones que sirvan para combatir de raíz estas conductas, donde se vea reflejada el apoyo mutuo entre el Estado y la sociedad. El Estado ha venido actuando de manera separada de la realidad social sin considerar que los grupos organizados de la sociedad civil, tienen mucha importancia en el proceso de fiscalización; sin embargo, se puede obtener resultados favorables si se unen esfuerzos para luchar por un país sin corrupción (Defensoría del Pueblo, 2019).

La agravación de la pena en el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público, está orientada a reducir los índices de criminalidad con respecto a los nombramientos indebidos, por tratarse de una conducta recurrente en aquellos funcionarios que tiene la facultad o poder de nombramiento, por ello la modificación del artículo 381 del Código Penal peruano respecto a la pena ya no sería de días multa sino una pena privativa de libertad con inhabilitación, lo cual se enmarca dentro de la prevención general, generando un mensaje aleccionador a quienes incurran en dichas conductas.

II. FUNDAMENTACIÓN

El presente proyecto de ley que se presenta, tiene como objetivo **sancionar penalmente a los funcionarios que nombran en cargos púbicos a ciudadanos que no reúnen los requisitos mínimos para ejercer la función pública**.

Por ello es razonable centrarnos en lo siguiente: Que es obvio la imputación objetiva relativa al tipo penal de nombramiento y aceptación indebida de cargo público señalado en el artículo 381 del Código Penal) exige que el agente sea incorporado a un cargo público sin contar con los requisitos normativos correspondientes –el nivel de los preceptos es indistintos, basta que éstos se acomoden al ordenamiento jurídico–. Se castiga el hecho de nombrar y aceptar un cargo público para el que el ordenamiento fija determinados requisitos y, pese a ello, el incorporado a la institución u organismo público no los tiene. El interés tutelado es preciso y a él debe acomodarse la interpretación de los alcances del tipo legal. Es irrelevante, a los efectos del Derecho penal, que el cargo objeto de nominación sea temporal o definitivo[2].

Por ello es oportuno descifrar los verbos que relacionan a la presente propuesta. En donde ampliamente la Sala Penal Transitoria en la Casación 265-2019 Moquegua, ha interpretado, en sus fundamentos:

"III.2. El delito de nombramiento indebido de cargo

14. *El artículo 381 del Código Penal (texto originario) está constituido por dos párrafos, que tipifican dos tipos penales distintos, aunque relacionados entre sí. Así pues, el*

[2]Revisar https://lpderecho.pe/tag/casacion-1712-2019-lambayeque/

primero tipifica el delito de nombramiento indebido para cargo público, mientras que el segundo, el de aceptación indebida de cargo público, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 381
El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.
El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

15. *La cuestión a dilucidar en esta sentencia incide únicamente en fijar el alcance del verbo rector "hacer nombramiento", en el delito de nombramiento indebido de cargo público.*

16. *A efectos de determinar los alcances de las disposiciones contenidas en el tipo penal bajo análisis y atendiendo al motivo de agravio alegado por el recurrente, es pertinente primero distinguir entre lo que es una ley penal en blanco y los elementos normativos del tipo. Las* ***normas penales en blanco*** *(o normas con elementos en blanco) son aquellas en las cuales la definición de la conducta prohibida resulta de la remisión a otra disposición normativa complementaria, por lo general de carácter extrapenal, sea del mismo rango (remisión impropia) o sea de rango distinto (remisión propia). Esto quiere decir que, la definición completa del núcleo esencial de la conducta prohibida se logra de la unión de normas que se complementan. Su fundamento radica en la existencia de materias que, por su naturaleza y complejidad técnica, requieren de flexibilidad y dinamismo al momento de la configuración de los tipos penales. La regulación complementaria constituye un elemento relevante*[3].

17. *La ley penal en blanco además, se caracterizaría porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico; mientras que en los casos de* ***elementos normativos del tipo****, la norma extrapenal solo resulta invocada para integrar lo establecido por el legislador*[4]*. La trascendencia de la disposición remisiva es mucho mayor en el caso de la ley penal en blanco, en comparación con el caso de los elementos normativos del tipo, en los que dicha disposición remisiva únicamente sirve de instrumento interpretativo y no decisivo como para definir el núcleo esencial de la conducta prohibida.*

18. *A ello, la doctrina ha expresado otra forma de diferenciar estas figuras.*
"En el caso de los elementos normativos jurídicos, la desaparición de la norma de referencia no vaciaría completamente el tipo o el elemento típico en cuestión, [...] mientras que en las leyes penales en blanco en el sentido establecido la desaparición de la norma de referencia vaciaría completamente el sentido del tipo penal o el elemento en blanco en cuestión"[5].

[3] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional, Expediente N°0006-2014-PI/TC. Fundamento 137
[4] Cfr. Miguel Díaz y García Conlledo. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. Madrid: Editorial La Ley, 2008, pp. 127-128. Extraído de: https://pucpedupemy.sharepoint.com/:b:/g/personal/msverav_pucp_edu_pe/EQPhTIUUmRZNkMGgLjXpkeoBVQvA fFS9EhOBJFTRj2dgcA?e=gsleTm
[5] García Arán, citado por Miguel Díaz y García Conlledo, en *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*.

A manera de ejemplo, el artículo 313 del Código Penal, que tipifica el delito de alteración del ambiente o paisaje, prescribe "El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles [...]". Se trata de un tipo penal en blanco, toda vez que para la determinación de la conducta prohibida se hace imprescindible recurrir a la norma remisiva, ya que sin ella, no tendría contenido aquel extremo de "contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente".

De otro lado, un ejemplo de elementos normativos del tipo, se encuentra en la descripción del tipo penal apropiación ilícita, tipificado en el artículo 190 del citado Código. Al prescribir, "El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble [...]", el elemento "indebidamente" no requiere necesariamente de una norma específica que la dote de contenido, sino que para su comprensión deberá de realizarse un juicio o proceso de valoración jurídica a partir de diversas fuentes, como podrían ser los principios del derecho, la finalidad de protección del bien jurídico, otras ramas del derecho, entre otros.

19. *En ese orden de ideas, del análisis de la descripción típica del primer párrafo, del artículo 381, del Código Penal, lo primero que resulta claro es que contiene elementos en blanco, como por ejemplo la referencia a personas que no cumplan con los "requisitos legales", cuyo contenido será completado con la norma especial que fije los correspondientes requisitos para cada caso en concreto.*

20. *Sin embargo, este tipo penal también contiene un elemento normativo, que es el "nombramiento". Veamos, no se trata de una ley penal en blanco, pues esto supondría que el legislador haya dejado únicamente en manos de la sede administrativa la determinación de uno de los elementos típicos del citado delito (ya sea por su naturaleza o complejidad técnica) y a su vez, ante la desaparición de la norma administrativa, vaciaría todo el sentido del tipo penal o el elemento en blanco en cuestión. Lo que en el caso no ocurre.*

Este se trata más bien de un elemento normativo del tipo, pues aun cuando no existiese norma administrativa que explique qué se debe entender por nombramiento –en dicha área del derecho–, atendiendo a la observancia de determinados aspectos, el juzgador se encuentra en suficientes condiciones de interpretar correctamente aquel elemento del tipo penal, como se verá en los siguientes fundamentos.

III.3. El alcance del verbo "hacer nombramiento"

21. *Para determinar cuál es el alcance del verbo rector "hacer nombramiento", en primer lugar resulta pertinente esclarecer el alcance interpretativo del elemento normativo "nombramiento".*

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284

Antecedentes sobre la materia

22. *Esta Suprema Corte, en la Sentencia de Casación N.° 418-2019/Santa, emitida el 2 de diciembre de 2020, ingresó al análisis de la conducta de "hacer un nombramiento". Inició su definición conforme al Diccionario de la Real Academia Española (RAE)[6], es decir, atendiendo al uso común del lenguaje y señaló: "1. la acción y efecto de nombrar; o, 2. comunicar por escrito en que se designa a alguien para un cargo u oficio. 3. A su vez, el nombrar significa: a) decir el nombre de alguien o algo; b) hacer mención particular, generalmente honorífica, de alguien o algo; c) elegir o señalar a alguien para un cargo, un empleo u otra cosa".*

Entonces, señaló como una primera aproximación al sentido del tipo penal, que comprenderá cualquier acto de identificación, nominación y asignación de un cargo a una persona determinada; sin embargo, precisa que la determinación jurídica del alcance de las conductas típicas debe obtenerse atendiendo a la concurrencia de los demás elementos típicos.

Véase que si bien la citada ejecutoria suprema no ingresó en específico al tema materia de análisis (es decir, determinar el alcance del nombramiento), brindó las bases para su correcto análisis y dilucidación.

23. *Inclusive, este tópico ya ha merecido pronunciamiento en el Auto de Calificación de Recurso de Casación N.° 1712-2019/Lambayeque, emitido el 29 de mayo de 2019, por la Sala Penal Permanente, donde se señaló lo siguiente:*

> *[...] la imputación objetiva relativa al tipo penal de nombramiento y aceptación indebida de cargo público (artículo 381 del Código Penal) exige que el agente sea incorporado a un cargo público sin contar con los requisitos normativos correspondientes –el nivel de los preceptos es indistintos, basta que estos se acomoden al ordenamiento jurídico–. Se castiga el hecho de nombrar y aceptar un cargo público para el que el ordenamiento fija determinados requisitos y, pese a ello, el incorporado a la institución u organismo público no los tiene. El interés tutelado es preciso y a él debe acomodarse la interpretación de los alcances del tipo legal.* ***Es irrelevante, a los efectos del derecho penal, que el cargo objeto de nominación sea temporal o definitivo****.*

24. *Así pues, el Diccionario panhispánico del español jurídico[7] de la RAE, ha definido al "nombramiento ilegal" como el delito que realiza el funcionario público o la autoridad que propone, nombra o da posesión para el ejercicio de un cargo público a cualquier persona, conociendo que no concurren los requisitos legalmente establecidos. Entiéndase que no se hace una distinción en la temporalidad del nombramiento (permanente o temporal), incluso, especifica el supuesto de dar en posesión para el*

[6] Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Extraído de: https://dle.rae.es/nombramiento
[7] Extraído de: https://dpej.rae.es/lema/nombramiento-ilegal

ejercicio de un cargo, lo que constituye una técnica descriptiva que englobaría aquellas diversas formas en que una persona es asignada a un determinado cargo público.

25. *Y, si recurrimos a la legislación comparada, por ejemplo el Código Penal de la Nación Argentina ha tipificado este delito en el primer párrafo del artículo 253, con el siguiente tenor: "Será reprimido con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales". A diferencia de nuestro ordenamiento, aquí además de nombrar, se expresa la acción de proponer. Lo que constituiría una técnica legislativa que busca punir no solo las conductas que se encuadren en un nombramiento efectivo, sino también aquellas que solo llegan a una propuesta, esto es, antes de que este se ejecute el nombramiento.*

26. *El Código Penal español, en su artículo 405 tipifica este delito de la siguiente forma: "A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años". Es decir, en este caso, se aprecia que el verbo típico no se limita a la expresión nombramiento, sino que se extiende a la proposición, e incluso dar en posesión, esto último apuntaría a aquellas acciones que dieran pie a que una persona ejerza determinado cargo. En este caso la técnica del legislador estaría direccionada a abordar una mayor cantidad de supuestos.*

Principio de legalidad en la Administración pública

27. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también ha formado posición sobre a la situación del sector público, de manera que en su artículo 7, numeral 1, literal a, indica:*

1. *Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud.*

28. *Así pues, es coherente afirmar que todos los actos administrativos deberán ser acordes al principio de legalidad. En esa línea, el artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General[8], ha establecido que uno de los principios que sustenta el procedimiento administrativo es el de legalidad. El cual dispone que las autoridades administrativas deben actuar con*

[8] Aprobado por Decreto Supremo N.° 004-2019-JUS

respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

29. *En la misma línea, la Ley N.º 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en su Título III–Ordenamiento Normativo Regional, Capítulo I–Régimen Normativo, Artículo 36, prescribe que "[...] Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa".*

30. *De esta forma, "a diferencia de lo que sucede con los particulares, a quienes rige el principio de autonomía de la voluntad, en aplicación del principio de legalidad, la administración pública solo puede actuar cuando se encuentra habilitada por norma legal específica. En otros términos, mientras que los particulares están habilitados de hacer todo lo que la ley no prohíbe, las entidades que integran la administración pública, entre las cuales se encuentra la entidad, solo pueden hacer lo que la ley expresamente les permita"[9].*

31. *En este orden de ideas, debe quedar claro que el principio de legalidad será uno de los principales que regirá las actuaciones de poder que se efectúen en el marco de los gobiernos regionales, como institución de la administración pública.*

32. *Este principio también implica en específico que las decisiones que emita la autoridad correspondiente, deben estar cubiertas de legalidad, es decir, que las personas a quien nombre el funcionario público con el poder para hacerlo, deben cumplir con las exigencias que el cargo requiere. Omitir la observancia de su cumplimiento contraviene el principio de legalidad.*

33. *Ahora bien, es pertinente precisar que el principio de legalidad se ve infringido no solo cuando una persona que no cumple con los requisitos legales es incorporada a un cargo de naturaleza permanente; sino que también se verá afectado este principio cuando el cargo sea de naturaleza provisional o temporal. Es irrelevante la temporalidad del cargo, si lo que en el fondo importa es verificar si aquella persona cumple o no los requisitos legales para ser incorporada a determinado cargo; es decir, la autoridad administrativa está obligada a actuar regladamente en su actos de poder que se reflejan en un acto administrativo, en este caso, la emisión de una Resolución Ejecutiva Regional a través de la cual, se encargó temporalmente al imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza la Jefatura de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico, dependiente de la Dirección de Infraestructura del Gobierno Regional de Moquegua, con eficacia a partir del 7 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre del mismo año.*

- ***El bien jurídico protegido***

[9] Tribunal del Servicio Civil. Resolución N.º 002802-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala. Fundamento 42.
Extraído de: https://www.gob.pe/institucion/servir/normas-legales/1276106-02802-2019-servir-tsc-primera-sala

34. *Peña Cabrera Freyre, al abordar el bien jurídico tutelado con la tipificación de este delito, expresa que, sería el óptimo desempeño de las tareas de la Administración, que puede verse afectado cuando personas que no cuentan con las condiciones inherentes al cargo, asumen el puesto en contravención a la normatividad aplicable. También se ve afectado el principio de legalidad pues el funcionario abusa de su competencia funcionarial cuando efectúa del nombramiento ilegal, desprovistos de cualquier condición meta-jurídica. Además, se afectan los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública*[10].

35. *"En el delito de nombramiento y aceptación ilegal de puesto público se protege el desarrollo del servicio civil basado en el mérito, la igualdad de oportunidades y el aseguramiento de la calidad del servicio público. Estas exigencias se relacionan con la finalidad estratégica de propender a la creación de un funcionariado de Estado de alto rendimiento, que trascienda a los gobiernos de turno, constituyéndose además en un mecanismo estructural de prevención de la corrupción"*[11].

36. *Entonces, atendiendo al principio de legalidad, que debe irradiar a todas las actuaciones de poder en la Administración pública, resulta correcto concluir que el bien jurídico se ve afectado no solamente cuando una persona –que no cumple con los requisitos legales– es incorporada a un cargo público permanente, sino también a uno temporal. En ambos casos, el agente ha violentado el principio de legalidad, los principios de mérito y la igualdad en el acceso a la función pública, al tratarse de un delito de infracción de deber por parte del funcionario público.*

37. *Se llegaría a consecuencias absurdas o desiguales si se afirmara que solo las incorporaciones permanentes de servidores públicos deben cumplir con el principio de legalidad, y las provisionales o temporales no.*

- ***La disposición remisiva que integra el tipo penal***

38. *Al tratarse el "nombramiento" de un elemento normativo del tipo, es coherente acudir también a otras normas extrapenales para integrar su contenido.*

39. *Aquí, se hace pertinente citar otro aspecto importante que analizó la Sentencia de Casación N.° 418-2019, esto es, que el acto de nombrar recaerá sobre un cargo público. Al respecto, refirió que este término está relacionado con el servicio público (para entender su significado recurrió al Decreto Legislativo N.° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público), que es lo que de alguna forma reclama el casacionista. No obstante, la citada jurisprudencia también indicó que debe ser interpretado progresivamente, en virtud a que en la actualidad dicho término es reemplazado por el de empleo público (Artículo III de la Ley N.° 28175 - Ley Marco del Empleo Público) o puesto público (Artículo 3.f) de la Ley N.° 30057 - Ley del Servicio Civil). Dejó establecido que sea cual fuere la denominación utilizada,*

[10] Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal. Parte especial. Tomo V. Lima: Editorial IDEMSA, p. 265.
[11] Sentencia de Casación N.° 418-2019. Fundamento 8.6.

el común denominador es que la incorporación de personas es para el cumplimiento de un servicio público.

40. *En esa línea de ideas, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Servicio Civil, se realizó un breve listado de los puestos públicos asumidos por los servidores civiles: "a) funcionario público; b) directivo público; c) servidor civil de carrera; d) servidor de actividades complementarias; y, e) servidores de confianza". Agregando que la incorporación al servicio civil se realizará bajo las siguientes modalidades de acceso: "a) concurso público de méritos, b) contratación directa y c) cumplimiento de requisitos de leyes especiales".*

41. *A partir de estas consideraciones, resulta palmario que el Decreto Legislativo N.° 276 deviene en insuficiente a la hora de tratar de interpretar las reales dimensiones del delito de nombramiento indebido del cargo, pues como se ha ilustrado, se requiere de otras normas del sector administrativo que la complementen, como son la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Servicio Civil.*

42. *Interpretar los elementos normativos del delito de nombramiento indebido de cargo público, únicamente a la luz del Decreto Legislativo 276, deviene en erróneo, pues aquella únicamente regula la carrera administrativa de aquellos servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública (artículo 1 de la citada norma administrativa), sin que estén comprendidos los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Y se dejaría en un vacío legal lo que sucedería con aquellos otros que cumplen con un servicio público. Por ello es necesario recurrir además a las otras normas que regulan la materia.*

43. *En ese mismo sentido, para interpretar el alcance del elemento normativo "nombramiento", se requiere ir más allá de la mera literalidad del texto del Decreto Legislativo N.° 276.*

44. *De una lectura sistemática del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM (que aprueba el Reglamento de la Carrera Administrativa), se colige válidamente que no solo existen casos en que por primera vez ingresa una persona a la Administración pública –casos en los cuales se da un nombramiento en sentido estricto para la legislación administrativa–, sino que, cuando el funcionario ya goza de un nombramiento dentro de la Carrera Administrativa, este puede ser asignado en otro cargo, mediante un desplazamiento. Es así que, la citada norma establece en su artículo 76 las siguiente acciones administrativas para el desplazamiento de los servidores dentro de la Carrera Administrativa:* ***designación, rotación, reasignación, destaque, permuta, encargo, comisión de servicios*** *y* ***transferencia****.*

- ***Conclusión***

45. *Entonces, conforme a la fundamentación desplegada en la presente sentencia, queda claro que la alusión a "nombramiento" constituye un elemento normativo del tipo, que debe ser dotado de contenido en función al bien jurídico protegido, al principio de legalidad, así como a las normas administrativas que regulan las diversas modalidades de acceso a un cargo público.*

46. *En tal sentido, no cabe duda que el elemento normativo "nombramiento" no solo está referido a aquella figura administrativa prevista en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 276, que regula el ingreso de funcionarios públicos que prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración pública; sino que está referido a todo aquel acto mediante el cual se incorporará a una persona en un cargo público. Sirviendo como una suerte de ejemplo, aquel listado que realiza el artículo 76 del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM.*

47. *Tal es así que en la Sentencia de Casación N.° 418-2019/Santa, sobre la base de una fundamentación acorde a la presente sentencia, se terminó declarando infundado el recurso de casación y por tanto confirmando la culpabilidad de quienes habían efectuado una designación y no nombramiento en el sentido estricto que está regulado en el Decreto Legislativo N.° 276. A partir de dicha sentencia, ya se evidenciaba que la línea interpretativa declarada en este delito, era porque el nombramiento no podía ser entendido solo en los términos del Decreto Legislativo antes mencionado, sino que se debía efectuar una interpretación sistemática de las leyes que se han hecho mención en el fundamento 40 de la presente ejecutoria.*

48. *En tal sentido, el verbo rector "hacer nombramiento" está referido a cualquier acto efectuado por un funcionario público, con competencia para ello, mediante el cual incorpora a una persona en un cargo público, sin que esta cumpla con los requisitos legales."*

- **LA PROPUESTA MODIFICATORIA.**

En la nueva disposición modificatoria se presenta:

Artículo 381 – Código Penal	Propuesta De Modificación
Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.	***"Artículo 381.*** *El funcionario* ***público titular o encargado*** *que nombra, designa, contrata o encarga* ***funciones públicas*** *a una persona que no cuentan con los requisitos mínimos requeridos para el cargo público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.* *El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena e inhabilitación."*

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa está alineada a lo que dispone la Constitución Política del Perú, la legislación vigente concordante con normas relacionadas al Estado de Derecho y jerarquía de las leyes.

IV. ANALISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación y promulgación de la presente iniciativa legislativa, no le significará ningún tipo de egreso adicional al Estado, mas por el contrario teniendo el nombramiento a profesionales o servidores públicos que reúnen los requisitos se bridará mejor servicio a la sociedad.

V. VINCULACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa contenida en el Proyecto de Ley que se presenta, está alineada con los objetivos del **numeral** I. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO, del Acuerdo Nacional y vinculados con las Políticas de Estado en el **numeral** 7. ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA Y FORTALECIMIENTO DEL CIVISMO Y DE LA SEGURIDAD CIUDADANA, y concordante con el **tema** 20. PROCESOS PENALES Y BENEFICIOS PENITENCIARIOS de la Agenda Legislativa del Congreso para el período Anual de Sesiones 2021-2022, aprobada por Resolución Legislativa del Congreso N° 002-2022-2023-CR.

Edif. Juan Santos Atahualpa - Av. Abancay Esq. Jr. Ancash Ofic. 501 – Lima - Perú Tlfs: (51) 311 7777 – Anexo 7284