

LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE NOMBRAMIENTO ILEGAL VIA LA LEY N° 31676

Si lo que se quiere es optimizar las tareas de la Administración, hay que dotarla de eficacia y eficiencia para poder lograr un servicio público de calidad en beneficio de la colectividad. Y para ello se debe asegurar que los mejores cuadros desempeñen la función pública, se supone que para tal propósito se regulan determinados requisitos para acceder a un determinado cargo. En las presentes líneas se analiza el tipo penal de Nombramiento ilegal, que a la luz de la reforma de la Ley N° 31676 se llamaría ahora «Nombramiento, Designación, Encargo y Contratación ilegal», en cuanto a extender las diversas formas que se puede acceder a la función pública en contravención al principio de legalidad, tanto de manera permanente como eventual. Así establecer si era un problema de *lege ferenda*, de estricta legalidad o de corte interpretativo, por lo que hemos traído también el análisis de la Casación N° 265-2019-Moquegua que hace un desarrollo muy exhaustivo del término "Nombramiento".

Por: Alonso R. Peña Cabrera Freyre¹

(i).-PLANTEAMIENTO NORMATIVO:

£ El artículo 381 del CP, ahora con la nueva redacción normativa producto de la dación de la Ley N° 31676, extiende los verbos rectores del tipo penal de Nombramiento ilegal a la “designación, contratación o encargar”. Esto quiere decir, que el radio de acción del tipo legal se extiende de manera significativa, por lo que la definición de cada uno de estos nuevos verbos rectores es de relevancia a efectos del presente análisis.

Primero "encargar", hace alusión a algo muy distante a la figura del nombramiento, en cuanto a encargar una determinada función pública por un período limitado de tiempo (por vacaciones, licencia o suspensión del titular); su vigencia es estrictamente temporal; como se dispone en el Reglamento de la Carrera Administrativa – DL N° 276 (art. 82): “El

¹ . Doctor en Derecho, Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, Docente de la AMAG, Ex Fiscal Superior - Jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía de la Nación, Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en Post-grado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), ex –Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación. Autor de obras de Derecho penal y Derecho procesal penal (Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas; Derecho Penal. Parte Especial. 7 Tomos; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal. 2 Tomos); Derecho Penal Económico; Delitos contra el Patrimonio; Delitos contra el Honor y su conflicto con el Derecho a la Información.

encargo es temporal, excepcional y fundamentado. Sólo procede en ausencia del titular para el desempeño de funciones de responsabilidad directiva compatibles con niveles de carrera superiores al del servidor. En ningún caso debe exceder el período presupuestal”.

En lo que respecta a la “designación”, ello implica la asignación de la persona a un comité, comisión u cuerpo colegiado, por un tiempo determinado; en el artículo 77° del DS N° 005-90-PCM, establece que: *“La designación consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad; en este último caso se requiere del conocimiento previo de la entidad de origen y del consentimiento del servidor. Si el designado es un servidor de carrera, al término de la reasignación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera, concluye su relación con el Estado”.*

Por su parte, "contratar" es una manifestación de la voluntad de dos partes, en este caso de realizar una determinada actividad laboral, como es una locación de servicios u otra relación que no genera vínculo laboral alguno (se regula por la ley de contrataciones del Estado); así también la prestación de una consultoría; así, vemos el Contrato Administrativo de Servicio (CAS) – “Régimen especial de contratación administrativa de Servicios”, regulado en el Decreto Legislativo N° 1057 y todo lo que involucra la Ley N° 30057 – Ley de Servicio Civil.

Por consiguiente, todas estas vías de acceso a la función pública (como de su variabilidad) afecta también la legalidad; como se expone en la Casación N° 265-2019-Moquegua (fundamento 33), la Corte Suprema expresa que: *“(…) 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”.* Lo cual legítima plenamente tal postura legal, desde una consideración político criminal.

Atendiendo a lo descrito, es que es apelar a un concepto estricto de “nombramiento” importaba un estado reductor del acceso y movimiento en la función pública, en contraste con todos los verbos típicos que son ahora recogidos en la nueva composición terminológica del artículo 381° del CP como consecuencia de la Ley N° 31676.

En cuanto a la materialidad típica, solo se exige la verificación del cumplimiento objeto de los requisitos legales al tiempo del nombramiento; no se mide la capacidad de hecho o la idoneidad funcional demostrada en la práctica (Donna, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 190), tampoco se considera que la persona nominada o elegida haya cumplido con el requisito legal luego del nombramiento².

(ii).-BIEN JURIDICO y OTROS ELEMENTOS DOGMÁTICOS

£ En la Casación citada, propiamente en el fundamento 34, se dice que para 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 funcional cuando efectúa el nombramiento ilegal, desprovistos de cualquier condición meta-jurídica. Además, se afectan los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (Derecho Penal. Parte Especial T. V., IDEMSA, cit., p. 265).

En la fundamento 8.2 de la Casación N° 418-2019-Del Santa, la Sala Penal Permanente indica con respecto al sujeto pasivo, que: “(...) *es la administración pública, como titular del bien jurídico protegido, en el que el servicio civil se ve perjudicado en su eficacia y eficiencia, en la observancia de la igualdad meritocrática y en la vigencia del principio de legalidad*”; de tales consideraciones se da contenido el interés jurídico-penalmente tutelado.

(iii).-DESARROLLO:

£ Es sabido que en la Administración Pública se desarrollan una serie de labores de parte de terceros que no toma lugar a través de un nombramiento; por lo que resultaría correcta la reforma en cuestión, en cuanto a cerrar espacios de impunidad en respeto al principio de legalidad bajo el auspicio de los principios de mérito e idoneidad.

Es una percepción y a su vez una estimación que permanentemente compartimos con la comunidad jurídica, que la política criminal en nuestro país da cuenta de incesables reformas de la ley penal; y ello atendiendo que no sólo se busca reforzar la protección punitiva de bienes jurídicos sino también de extender un mensaje a la sociedad que cale en la psique de todos los ciudadanos que los actos de corrupción como los abusos funcionales merecen ser gravemente sancionados. Y para ello,

² . Fundamento 8.5 de la Casación N° 418-2019-Del Santa (Sala Penal Permanente de la CS.

primeros se quiere es transmitir un mensaje de dureza frente a esta manifestación de criminalidad.

El tema pasa también por determinar si es que un determinado tipo penal conforme su estructuración típica está en posibilidad de acoger las diversas formas por las cuales pueda verse afectado el bien jurídico tutelado, y escrupuloso respeto al principio de legalidad en cuanto a “lex scripta”. Y, esto lo decimos en la medida que el delito en examen solo estaba integrado por el verbo rector del “nombramiento” sabedores que su acepción estricta no cubre las diversas formas por las cuales una persona puede desempeñar una determinada función pública sea de manera permanente o eventual. Entonces, si estamos ante un elemento normativo del tipo cuya valoración puede tomar lugar de manera amplia desde una interpretación teleológica. Para Mezger, elemento normativo del tipo, son aquellas partes integrantes del tipo legal que no hacen referencia simplemente a un supuesto de hecho dado, sino que exigen del juez un juicio complementador valorativo, es decir que dan una valoración en blanco (Mezger, E.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 225 y ss.) Los elementos normativos evocan a determinados conceptos que no pueden ser objeto de intelección de forma inmediata o automática, sino que necesitan para su real comprensión, de toda una labor interpretativa o mejor dicho de “integración valorativa, que puede dar lugar a una referencia legal o en su defecto meta-jurídica.

En el caso que nos ocupa, es importante dicho análisis, pues si es que se ha procedido a tal reforma legal es que el legislador entendía que con el término “nombramiento” no comprendía las designaciones como todo tipo de contratación y así cerrar espacios de impunidad. Sin embargo, la Corte Suprema en la Casación N° 265-2019-Moquegua (Sala Penal Transitoria) fue de otro parecer al asumir que con el término “nombramiento” (qué no es una ley penal en blanco) podía abarcar las designaciones u otras formas de contratación siempre que la misma no cumpla con los requisitos que exige la normativa extrapenal al respecto.

Recogemos de esta manera los aspectos medulares de dicha ejecutoria suprema (fundamentos 42 al 45):

“Interpretar los elementos normativos del delito de nombramiento indebido de cargo público, únicamente a la luz del Decreto Legislativo N.º 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”; *debe entenderse que en materia laboral (“administrativa”) tenemos una esparcida normatividad que da cuenta de diversas formas de*

acceder a la función pública (como el desplazamiento de una plaza a otra), que demanda una comprensión normativa, que trasciende la estabilidad laboral de una ley que ya en la práctica ha quedado en desuso, siendo muy pocos los que están trabajando actualmente al amparo de la mismas; los cargos de confianza y políticos u otros similares dan cuenta de una naturaleza laboral que trasciende dicha ley y que requiere de ser valorado en un correcto proceso de subsunción típica. Una tipificación penal de tal calibre necesita de una visión interpretativa que pueda abarcar todas las formas por las cuales puede verse afectada el ejercicio legal del cargo, llevado a criterios de “idoneidad” y de “merecimiento”.

“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.º 276”; por tanto, fijar los alcances normativos del artículo 381º del CP, no puede tomar lugar desde la formalidad del concepto aludido en coherencia con su ley regulativa.

“De una lectura sistemática del Decreto Supremo N.º 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 siguientes acciones administrativas para el desplazamiento de los servidores dentro de la Carrera Administrativa: designación, rotación, reasignación, destaque, permuta, encargo, comisión de servicios y transferencia”; de recibo, acoger no solo el acceso a la función pública, sino también los desplazamientos que pueden ocurrir ya en su interior, puede moverse el sujeto público en diversos cargos a través de designaciones temporales por razones de servicio u otros fundamentos valederos, sabedores que no se puede proceder siempre a destakes definitivos en los diversos estamentos de la Administración. La rotación pues es una característica de una Administración muy dinámica, muy llevada a su optimización o a veces a los imprevistos que pueden acaecer en su normal desenvolvimiento en un país como el Perú.

“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”; una cosa es postular una ley penal en blanco donde del desvalor del injusto se llena de contenido en una dispositivo legal extrapenal, donde al constituir el predicado “nombramiento” un elemento normativo del tipo, el tema pasa por diseñar un concepto que pueda comprender de manera más correcta las diversas formas por las cuales se puede acceder a la función pública así como la

variabilidad de cargo en su ejercicio , desde un punto de vista teleológico y axiológico a la vez. Estamos ante una suerte de concatenación, entre la formalidad legal con la valoración de los conceptos; considerando para ello la naturaleza del bien jurídico tutelado.

A MODO DE CONCLUSIÓN:

£ El correcto funcionamiento de todas las instancias de la Administración Pública, no sólo tiene que ver con el apego estricto al principio de legalidad de los funcionarios y servidores públicos en sus respectivas competencias funcionales, sino también de que aquéllos cuenten con las condiciones y calificaciones adecuadas, para que la gestión pública pueda prestar a la ciudadanía, un servicio de calidad. 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 corrupción³.

La interrogante que cabe desde el Derecho penal es la siguiente: ¿Es que el legislador debe permanente adecuar la ley penal a las diversas figuras administrativas por las cuales una persona puede acceder a un cargo público o es que lo que debe hacerse es acomodar la interpretación normativa a las nuevas formas de vinculación laboral con la Administración? Así como en otros casos, como las cláusulas normativas abiertas (u *otro acto análogo*) como sucede actualmente en el Prevaricato de derecho (con respecto al término *resolución*), basta con definir un criterio interpretativo que se pueda ajustar a los cánones de legalidad o de que sea necesario la inclusión de más supuestos delictivos (*verbos rectores*) en mérito a una cultura legalista (“positivista”) que algunos operadores jurídicos cultivan; tal situación la podemos resumir de la siguiente forma: “entre la creación y la interpretación de la ley penal”.

Es correcto seguir estimando la legalidad, como objeto de tutela, en sintonía con la idoneidad y capacidad de quienes han de desempeñar una determinada función pública; por ello, es que en la norma extrapenal se definen los perfiles que ha de contar la persona para poder acceder a un determinado cargo, mas es sabido de la forma como se manejan ciertas entidades públicas, que no necesariamente cumplen con verificar el perfil propuesto, el cual es garantía de optimización en la actuación funcionarial, donde la designación obedece a criterios ajenos a una verdadera meritocracia.

Claro está, siempre en los nombramientos y en las designaciones habrá un espacio de discrecionalidad que es aprovechado para favorecer a quien realmente no lo merece y al Derecho penal le interesa únicamente aquellos transgresores de una patente legalidad

En resumidas cuentas, la reforma resulta siendo acertada dada la variedad de formas (jurídico-contractuales) por las cuales se puede

³ . Fundamento 8.6 de la Casación N° 418-2019-Del Santa (Sala Penal Permanente de la CS.

ingresar a la función pública a su vez pasar de un cargo (o jerarquía) a otra, incidiendo en procedimientos que no respetan la legalidad en el perfil, mérito e idoneidad de un determinado cargo público; todas estas merecedores de reproche penal. De ahí, que cobijar bajo el marco de configuración legal, la designación, el encargo y contratación resulta plausible desde un derrotero de estricta legalidad, al margen del criterio interpretativo del operador jurídico, que como se ha señalado puede alcanzar también dicho cometido.

IIGEPUD

VEGEPUD