



El delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo público: propósito de la reciente modificación de la Ley N° 31676

The crime of appointment or illegal acceptance of public office: regarding the recent modification of Law No. 31676

O crime de nomeação ou aceitação ilegal de cargo público: a propósito da recente modificação da Lei n° 31.676

ARTÍCULO GENERAL

Valentín Rodolfo Soto Llerena

vsotol@upn.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4786-5557>

Universidad Nacional de Piura, Piura – Perú

Recibido 30 de Mayo 2022 | Arbitrado y aceptado 12 de Setiembre 2022 | Publicado el 02 de Marzo 2023

RESUMEN

1. Antecedentes legales; 2. La Ley N° 31676; 3. El tipo penal; 3.1. El bien jurídico tutelado; 3.2. Sujeto activo; 3.3. Sujeto pasivo; 3.4. Comportamiento típico; 3.4.1. Cargo público; 3.4.2. Persona legalmente inidónea o en quien no concurren los requisitos legales; 3.4.3. El concepto normativo de “requisitos legales”; 3.4.4. Nombramiento, designación, contratación, encargatura de cargo público en quien no reúne los requisitos legales; 3.4.5. Aceptación ilegal de cargo sin contar con los requisitos legales; 4. Consumación y tentativa; 5. Elemento subjetivo; 6. Autoría y participación; 7. Causas de justificación.

ABSTRACT

1. Legal background; 2. Law No. 31676; 3. The criminal type; 3.1. The protected legal good; 3.2. Active subject; 3.3. Passive subject; 3.4. Typical behavior; 3.4.1. public charge; 3.4.2. Legally unsuitable person or in whom the legal requirements do not concur; 3.4.3. The normative concept of “legal requirements”; 3.4.4. Appointment, designation, contracting, charge of public office in those who do not meet the legal requirements; 3.4.5. Illegal acceptance of charge without having the legal requirements; 4. Consummation and attempt; 5. Subjective element; 6. Authorship and participation; 7. Causes of justification

RESUMO

1. Enquadramento jurídico; 2. Lei n° 31.676; 3. O tipo penal; 3.1. O bem jurídico protegido; 3.2. Sujeito ativo; 3.3. Sujeito passivo; 3.4. Comportamento típico; 3.4.1. cobrança pública; 3.4.2. Pessoa juridicamente inapta ou em quem não concorram os requisitos legais; 3.4.3. O conceito normativo de “requisitos legais”; 3.4.4. Nomeação, designação, contratação, cargo público naqueles que não reúnam os requisitos legais; 3.4.5. Aceitação ilegal de cobrança sem os requisitos legais; 4. Consumação e tentativa; 5. Elemento subjetivo; 6. Autoria e participação; 7. Causas de justificação

1. Antecedentes legales

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público es el último de los delitos de abuso clasificado de manera sistemática en la sección I, del capítulo II del Título XVIII del Libro II del actual código penal. Este tipo penal sanciona a aquel funcionario que, inobservando los debidos requisitos legales, nombra a una persona inidónea en un cargo público.

La fuente nacional de este delito es el viejo artículo 205¹ del derogado código penal de 1863². Es de señalar que el código de penal de 1924 no contempló esta figura penal y de ahí que algunos autores señalan que este delito no registra antecedente penal nacional³. Y en el derecho comparado, la fuente directa que tuvo en consideración el legislador nacional para la construcción de este tipo penal fue el art. 253° del código penal argentino, el derogado art. 382° del código penal peruano español, el art. 364 del Proyecto del código penal peruano de 1986 y el art. 374 del Proyecto del código penal de 1991.

En la actualidad, en la legislación penal comparada son pocos los países que criminalizan esta conducta, las cuales son: el código penal de Bolivia (art. 157°), el código penal de España (405°), el código penal de Argentina (art. 253°), el código penal de Costa Rica (art. 335°)⁴.

¹ Código Penal peruano de 1863 "**artículo 205°.** - *Los empleados que nombren ó propongan para cargos públicos á individuos que no tenga los requisitos legales, sufrirán suspensión de uno á tres meses, quedando además sin efecto el nombramiento*".

² Seoane, Guillermo A. (1907). Códigos: penal y de enjuiciamientos en materia penal. Anotados con sus referencias, leyes modificativas y piezas judiciales declaratorias. Librería Francesa Científica. E. RosaY, Editor: Lima, p. 98. En este mismo sentido, Hugo Álvarez, Jorge B. y Huarcaya Ramos, Betty S. (2018). Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 131.

³ *Vide:* Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4° edición. Lima: Grijley, p. 327. Salinas Sichha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública, 5ª edición. Lima: Grijley, p. 309: De la revisión del Código Penal derogado de 1924 se concluye que este delito allí no se encuentra tipificado y más bien su fuente es el artículo 253° del Código Penal vigente de Argentina.

⁴ Hugo Álvarez, Jorge B. y Huarcaya Ramos, Betty S. (2018). Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 132.

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público es una figura penal moderna de base administrativa⁵ o, al igual que el art. 354° del actual código penal español, corresponde más bien a un caso específico de prevaricación de funcionarios⁶.

Nuestro legislador nacional, apartándose de la línea argentina, en la construcción de este tipo penal, introdujo dos verbos rectores de “nombrar” y “aceptar”, para denotar los supuestos que deseaba reprimir, incluyendo dos ilícitos de claro contenido administrativo, criminalizando esta conducta. Es forma criminalizar engloba dos figuras penales en un solo tipo penal, esto es la conducta de “nombramiento ilegal de cargo” y la “aceptación ilegal de cargo”⁷. Estas dos conductas reunidas en el tipo penal de 381° reprime de manera similar con la misma pena de multa que, después de la Ley N° 31676, es una pena privativa de libertad más la pena de multa.

Indistintamente a la técnica legislativa empleada y a la forma de tipificar esta conducta, ya sea en dos tipos penales diferentes y en uno solo, en suma, este delito tiene por finalidad sancionar no solo al funcionario público que nombra o designe oficialmente a otro en el cargo público para lo cual no es idóneo legalmente, sino, también, al tercero, esto a funcionario o servidor público, que acepta el cargo para lo cual no es idóneo legalmente.

2. La Ley N° 31676

El 27 de enero de 2023 se publicó, en el diario El Peruano, la Ley N° 31676⁸, la cual modificó el artículo 381° del Código Penal con el objetivo de sancionar con una pena

⁵ Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4° edición. Lima: Grijley, p. 328.

⁶ Abanto Vásquez, Manuel A (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2ª edición. Lima: Palestra Editores, p. 270.

⁷ En el código penal español, esta conducta se criminaliza en dos tipos penales diferentes y con penas similares más la suspensión del empleo para el funcionario: el “delito de designación ilegal de cargo (art. 405°)”, en la ella se utiliza tres verbos rectores como son “proponer”, “nombrar” y “dar posesión” para el ejercicio de un determinado cargo a cualquier persona, sin que concurran los requisitos legales establecidos para ellos, en tanto que el “delito de aceptación ilegal del cargo (art. 406°)”, la cual emplea solo un verbo rectos “aceptar”. Por su parte, la legislación penal argentina, tipifica este hecho en un solo tipo penal, y emplea tres verbos rectores, esto es “proponer”, “nombrar” y “aceptar”.

⁸ Ley N° 31676 “Ley que modifica el Código Penal con la finalidad de reprimir las conductas que afectan los principios de mérito, idoneidad y legalidad para el acceso a la función pública”, publicado en el diario El Peruano el 27 de enero de 2023, disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/NzQzNDU=/pdf/31676-LEY> [fecha de consulta: 10 de febrero de 2023].

efectiva para todos aquellos que cometen el delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público.

La Ley N° 31676 tiene su origen en el Proyecto de Ley N° 839/2021-CR que fue presentado el 25 de noviembre de 2021. La causa de este proyecto –según la exposición de motivos de la misma- fue las innumerables denuncias periodísticas de nombramientos, designaciones o encargaturas de cargos públicos a personas que no cumplen con los requisitos legales para asumirlos en los tres niveles de gobierno (central, regional y local)⁹.

Esta iniciativa legislativa propuso las siguientes modificaciones al tipo penal en los siguientes términos: (i) adicionar los verbos rectores de “designar” y “encargar” en el injusto penal, a fin de lograr una mayor precisión en cuanto a la redacción del tipo penal para una correcta calificación jurídica de los hechos; (ii) imponer una pena privativa de libertad para el funcionario público que comete este delito, cuyo límite mínimo y máximo oscila entre no menor de dos ni mayor de cinco años por la comisión de este delito; y, por último, de manera conjunta con la pena privativa de libertad se impondrá (iii) la pena de inhabilitación para ejercer la función pública o contratar con el Estado, de conformidad con los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36° del Código penal, por un periodo máximo de cuatro años, contando a partir de la fecha de la expedición de la sentencia firme y consentida, tanto al que nombra como a aquel que acepta el cargo público.

Artículo 381°. - Nombramiento o aceptación ilegal de cargo público

El funcionario público, que hace un nombramiento, designación o encargatura, para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor a cinco años.

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

Tanto el funcionario público, como aquel que aceptó el cargo sin contar con los requisitos legales, serán inhabilitados para ejercer la función pública o contratar con el

⁹ *Vide:* El Proyecto de Ley N° 839/2021-CR “Proyecto de Ley que modifica el artículo 381° del Código Penal, incremento de pena a quienes cometen delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo público” fue presentado por iniciativa del grupo parlamentario Renovación Popular.

Estado, de conformidad con los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36° del Código Penal, por un período máximo de 4 años, contados a partir de la fecha de expedición de la sentencia firme y consentida.

En el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 839/2021-CR¹⁰, en virtud de la cual se propone la modificar el artículo 381° del código penal, con la finalidad de reprimir las conductas que afectan los principios de mérito, idoneidad y legalidad para el acceso a la función pública, se mantiene el texto del tipo penal tal cual se propuso en la iniciativa legislativa. Sin embargo, en la autógrafa de la ley se observa algunos cambios significativos: (i) se incorporó un cuarto verbo rector consistente en “contratar”, (ii) se disminuyó el límite máximo de la pena, esto es de cinco a cuatro años; y (iii) se suprimió la pena de inhabilitación tanto para el funcionario o para el tercero que acepta el cargo público.

Y finalmente, la promulgación de esta ley, introdujo dos cambios significativos al tipo penal: (i) el tipo penal comprende cuatro verbos rectores, por consiguiente, se prevé más conductas o supuestos delictivos para la comisión del injusto penal, siendo estas conductas típicas el de “nombrar, designar, contratar o encargar a una persona en quien no concurren los requisitos legales para dicho cargo público”; y, (ii) se prevé la imposición de una pena privativa de libertad de no menor de dos ni mayor de cuatro años para cualquiera de las conductas típicas señaladas, conjuntamente con una pena de multa de sesenta a ciento veinte días.

Artículo original	Artículo modificado por la ley N° 31676
Nombramiento o aceptación ilegal Artículo 381.- El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos	Nombramiento, designación, contratación, encargatura o aceptación ilegal de cargo Artículo 381. El funcionario público que nombra, designa, contrata o encarga a persona en quien no concurren los requisitos legales para un cargo público, será reprimido con pena

¹⁰ Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley 839/2021-CR, en virtud de la cual se propone la ley que modifica el artículo 381° del código penal, con la finalidad de reprimir las conductas que afectan los principios de mérito, idoneidad y legalidad para el acceso a la función pública. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTk1NjI=/pdf/MAYOR%C3%8DA%20PL%20839> [fecha de consulta 13 de febrero de 2014].

<p>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</p>	<p>privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa. El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con las mismas penas</p>
--	---

Es así que, de acuerdo con la modificación, el funcionario que nombra, designa, contrata o encarga a persona en quien no concurren los requisitos legales, previsto en la Ley N° 31419 y el D.S. N° 053-2022-PCM, para un cargo público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa. También será reprimido con la misma pena a quien acepta el cargo sin contar con los requisitos legales.

3. El tipo penal

El delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público es una modalidad de abuso de autoridad, esto es, un ejercicio ilegal de la condición de funcionario público, en ese sentido resultaba inaceptable que esta modalidad delictiva solo esté sancionada con pena de días-multa, lo que resultaba insuficiente como mecanismo de disuasorio.

Este injusto penal es un delito de encuentro, puesto que las conductas descritas de manera autónoma, participan recíprocamente, en acto único y en calidad de autores, tanto el que nombra para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales como el que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales. En el primer tipo penal, el sujeto activo es el funcionario público que, teniendo el poder para nombrar, no hace un uso adecuado de esa facultad. En el segundo tipo penal, el sujeto activo es la persona, ajena a la función pública, que postula a un cargo público y que acepta la nominación sin contar con las exigencias establecidas legalmente.

Este injusto penal comprende dos supuestos típicos. Por un lado, se describe la conducta del sujeto activo calificado que “hace nombramiento, designación, contratación o encargo” para un cargo público y, por otro lado, la del sujeto activo común que “acepta el cargo”. La finalidad de este tipo penal es prohibir la incorporación a la administración pública de personal que no cumple con los requisitos legales, desde este punto de vista,

el verbo rector “nombrar” resulta insuficiente para cubrir los diferentes mecanismos por los que los profesionales podrían incorporarse al servicio público.

3.1. El bien jurídico tutelado

Este tipo penal busca salvaguardar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo a la administración pública de ingresos irregulares reafirmando el prestigio de la administración que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus potenciales recursos humanos¹¹.

En efecto, es la legalidad de las designaciones o, dicho de otra manera, la del normal desenvolvimiento de la administración pública, que exige de los funcionarios el respeto a las disposiciones legales que regula el nombramiento o las designaciones para los cargos públicos¹² respectando las disposiciones legales que regula el nombramiento para el cargo público¹³.

3.2. Sujeto activo

La técnica legislativa de este injusto penal, en cuanto al primero supuesto, constituye un delito de infracción de deber con autoría restrictiva, tanto por la calidad de autor como por la existencia del elemento normativo¹⁴; y, en el segundo supuesto, el de aceptación, constituye un delito común.

En el caso del primer supuesto, será sujeto activo solo el funcionario público¹⁵ que goza de la prerrogativa, de acuerdo a ley, para nombra, designar, contratar y encargar en

¹¹ Cfr. Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4º edición. Lima: Grijley, p. 328. En el mismo sentido: Salinas Sichha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública, 5ª edición. Lima: Grijley, p. 314.

¹² Hugo Álvarez, Jorge B. y Huarcaya Ramos, Betty S. (2018). Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 137-138.

¹³ Frisancho Aparicio, Manuel (2011). Delitos contra la administración pública, 4ª edición. Lima: Editora Fecat, p. 295.

¹⁴ Cfr. Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4º edición. Lima: Grijley, p. 328.

¹⁵ Funcionario público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal: Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4º edición. Lima: Grijley, p. 39. En similar sentido, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 634-2015, se define el concepto de funcionario público: "**Quinto.** - Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda

un cargo público a un particular o servidor público que reúne los requisitos exigidos legalmente, contrario sensu, el funcionario que realiza dicha acción sin tener las facultades necesaria estaría cometiendo el delito de usurpación de funciones.

Es importante resaltar que –como lo hace muy bien Manuel Abanto-, la competencia funcional debe ser entendido como una competencia “general” o “abstracta” para efectuar nombramiento, designación, contratación o encargatura; no es necesario que el funcionario sea específicamente competente para el nombramiento en cuestión de la persona, pues de exigirse esto el tipo penal sería inaplicable¹⁶.

En ese sentido, será autor de este delito sólo aquel funcionario competente, en sentido general o abstracto, para efectuar dicho nombramiento, designación, contratación o encargatura en persona en quien no concurren los requisitos legales para un cargo público¹⁷.

Por otro lado, según la forma como está redactado el tipo penal, es imposible imputar a título de autor o coautor de este injusto penal al funcionario que realiza una propuesta de nombramiento en tal o cual persona, a no ser que dicho funcionario que propone también tenga la capacidad o la facultad de concretar dicho nombramiento. Asimismo, están exento de este círculo de autores el servidor público o un funcionario público que no tiene las facultades para nombrar, designar, contratar o encargar.

En el segundo supuesto, al calificarse la conducta como delito común de propia mano, cualquier persona puede ser sujeto activo, incluso los funcionarios o servidores públicos¹⁸ que aceptan el cargo público sin contar los requisitos exigidos legalmente.

aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunicad –esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativa, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal-”.

¹⁶ Abanto Vásquez, Manuel A (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2ª edición. Lima: Palestra Editores, p. 271; en similar sentido Morales Prats/Rodríguez Puerta en Quintero Olivares, Gonzalo (Director) (1999). Comentarios a la parte especial del Código Penal, pamplona, p. 1783.

¹⁷ Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4º edición. Lima: Grijley, p. 329.

¹⁸ Salinas Sichha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública, 5ª edición. Lima: Grijley, p. 315.

3.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este delito siempre será el Estado como único titular de la administración pública.

3.4. Comportamiento típico

Para determinar los alcances de las disposiciones contenidas en el tipo penal en mención, es pertinente primero precisar algunos elementos objetivos de la estructura del tipo penal de nombramiento y aceptación ilegal de cargo. Estos elementos son: (i) cargo público, (ii) persona legalmente inidónea, y (iii) requisitos legales.

3.4.1. Cargo público

El término de “cargo público” está estrechamente relacionado con el de servicio público. Es así que, en la actualidad, la denominación de “cargo público” es reemplazada por el de empleo público o de puesto público.

Un cargo público se refiere al estatus o posición que el individuo ocupa dentro de una organización. Desde el punto de vista orgánico, el cargo constituye la unidad mínima de competencias en el seno de una organización. Esto quiere decir que, dicho servidor estará en condiciones de ejercer funciones en representación del Estado y atribuibles a este, siempre y cuando ocupa el puesto en su organización que tenga atribuidas a dichas funciones¹⁹.

Sea cual sea la denominación utilizada, el común denominador es que la incorporación de personas es para el cumplimiento de un servicio público dentro de la administración pública. Según la *Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público* se garantiza la incorporación del personal idóneo para el desempeño de un servidor público a la administración pública²⁰.

¹⁹ Boyer Carrera, Janeyri (2019). El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales. Colección lo esencial del Derecho 40. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, pp. 22-23.

²⁰ Cfr. Decreto Legislativo N° 276 “Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público”, art. 1 del Título Preliminar

“Artículo 1º. - (...)

Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público.

(...)”

Así mismo, según el art. 2° de la Ley del Servicio Civil, los puestos públicos son asumidos por los siguientes servidores civiles: a) funcionario público, b) directivo público, c) servidor civil de carrera, d) servidor de actividades complementarias y e) servidores de confianza. En efecto, quienes desempeñan el cargo, empleo o puestos públicos deben cumplir cierto requisitos o estándares mínimos para su incorporación.

En este sentido, el nombramiento al que hace referencia este delito es el de cargo público, el ejercido por los funcionarios, lo que excluye toda posibilidad de excluir el nombramiento de servidores públicos como presupuesto normativo del tipo penal²¹.

3.4.2. Persona legalmente inidónea o en quien no concurren los requisitos legales

El término “legalmente inidóneo” o en “quien no concurren los requisitos legales” hace e referencia a una persona que le faltan los requisitos exigidos por ley –según la importancia del cargo- para ser nombrado, designado, contratado o encargado para asumir un cargo público.

3.4.3. El concepto normativo de “requisitos legales”

La normativa administrativa no es unívoca al tratar la incorporación o ingreso del personal a la administración pública, puesto que hace uso de los términos de nombramiento, designación y contratación sin establecer diferencias claras entre dichos términos. Esta normativa que comprende el acceso a la administración pública en los diferentes niveles son: (i) la Constitución Política del Perú que, en el art. 40°, hace referencia al nombramiento y designación; (ii) el Decreto Legislativo N° 276 “Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público”, y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la carrera administrativa” que hacen referencia al nombramiento, designación y contratación; (iii) la Ley N° 28175 “Ley marco del empleo público” que hace referencia al nombramiento, designación y contratación; (iv) la Ley N° 31419 “Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y remoción” y el Decreto Supremo N° 053-2022-PCM “Decreto

²¹ Cfr. Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4° edición. Lima: Grijley, p. 329.

Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 31419, Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de funcionarios y directivos de libre designación y remoción” que trata sobre la designación; (v) el Decreto Legislativo N° 1057 “Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios” que se refiere únicamente a la contratación; (vi) el Decreto Legislativo N° 728 “Ley de fomento del empleo” que se refiere a la contratación; (vii) la Ley N° 30057 “Ley de servicio civil” que se refiere al nombramiento, designación y contratación; y (viii) la Ley N° 27594 “Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos” que se refiere al nombramiento y designación.

La expresión “requisitos legales” constituye una frase normativa que para el injusto penal de nombramiento ilegal nos conduce a la normativa extrapenal, fuente por excelencia donde se recogen las condiciones legales para la postulación a los cargos públicos. Estos requisitos deben reunir características significativas que los hagan merecedores de atención penal, tales como, por ejemplo, la falta de título habilitante, la insuficiencia de la edad, la carencia de especialización, el requisito de residencia, de carencia de inhabilitaciones, etc.²²

Estos “requisitos legales” se hace referencia a las condiciones especiales y personales exigidos por la ley o por cualquier otra norma administrativa para ser nombrado o designado en un cargo público determinado²³. La no concurrencia de los requisitos legales no necesariamente significa la inexistencia de los mismos, pero sí que

²² Rojas Vargas, Fidel (2007). *Delitos contra la administración pública*, 4º edición. Lima: Grijley, p. 231. En similar sentido, Hugo Álvarez, Jorge B. y Huarcaya Ramos, Betty S. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 136: El término de “requisitos legales” debe interpretarse como una expresión normativa de reenvío a una norma extrapenal, donde básicamente se establecen una serie de requisitos o condiciones legales para acceder a ocupar un cargo público.

²³ Por ejemplo, la Constitución Política del Estado, en el artículo 124º, señala que para ser nombrando Ministro de Estado se exige como requisito el de ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad como mínimo. En similar sentido, la Ley del Sistema Nacional de Control (Decreto Ley N° 26162), en el artículo 22º, establece que los requisitos para la designación del Contralor General de la República son: ser peruano de nacimiento, gozar del pleno ejercicio de los derechos civiles, tener al tiempo de nombramiento una edad no menor a los 40 años, tener título profesional y tener ejercicio profesional no menor de 10 años: *Cfr.* Hugo Álvarez, Jorge B. y Huarcaya Ramos, Betty S. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 137.

en su evaluación concreta no están presentes, lo cual igualmente no imposibilita que de acuerdo a las prácticas administrativas o a la previsión normativa al respecto pueda ello subsanarse, antes de proceder a la valoración previa al nombramiento²⁴.

3.4.4. Nombramiento, designación, contratación, encargatura de cargo público en quien no reúne los requisitos legales

La conducta típica de “hacer un nombramiento” oficial es un acto de trascendencia jurídica, por el cual se nombra, designa, contrata y encarga legalmente a una persona para un cargo público. Este supuesto típico de “hacer un nombramiento” no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeña un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones, las funciones que desempeñará y que finalizará cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente²⁵.

Este nombramiento tiene que cumplir con las formalidades previstas en la ley y seguir determinados pasos previos como la propuesta, concurso, nombramiento y entrega de posesión²⁶.

²⁴ Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4^o edición. Lima: Grijley, p. 232.

²⁵ Resolución Suprema de 4 de mayo de 2010 en el Recurso de Apelación del Exp. N° 07-2007 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema.

²⁶ Abanto Vásquez, Manuel A (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2^a edición. Lima: Palestra Editores, p. 271. Salinas Sichha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública, 5^a edición. Lima: Grijley, p. 311.

Los verbos rectos del tipo penal -según la reciente modificación-, son: nombrar²⁷, designar²⁸, contratar²⁹ o encargar³⁰. Estos núcleos rectores denotan la conducta dolosa del funcionario que hace un nombramiento ilegal, por no concurrir los requisitos esenciales exigidos por ley.

La omisión de la observancia debida de los requisitos legales, por parte del funcionario, actúa aquí como presupuesto de la conducta de nombramiento ilegal de naturaleza activa. Omisión que de suponer la comisión de arbitrariedades perjudiciales como en el caso que se prefiera a postulante que no reúne los requisitos legales en detrimento de otro que sí lo posee, hará concursar el hecho con el abuso genérico de autoridad.

Esta conducta típica se consuma cuando el agente siempre funcionario público hace un nombramiento, designación, contratación o encargatura para el cargo público a una persona que no cuenta con los requisitos que exige la ley o reglamento para desempeñar dicho cargo.

Es irrelevante para el Derecho Penal si la designación es permanente, transitoria, temporal, definitivo, interna, rentada o *ad honorem*, bastando solo el nombramiento

²⁷ El **nombramiento** debe entenderse como la estabilidad laboral se adquiere a partir del nombramiento. No existe período de prueba (**art. 34°** del Reglamento de la ley de carrera administrativa – Decreto Supremo N° 005-90-PCM)

²⁸ 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 (**art. 77°** del Reglamento de la ley de carrera administrativa – Decreto Supremo N° 005-90-PCM); 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 designación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen.

²⁹ La **contratación** comprende a una actividad de carácter temporal. Es así que, las entidades de la administración pública sólo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental. La contratación se efectuará para el desempeño de algún trabajo o actividad determinada. Esta forma de contratación no requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo (**art. 38°** del Reglamento de la ley de carrera administrativa – Decreto Supremo N° 005-90-PCM). La contratación de un servidor para labores de naturaleza permanente será excepcional; procederá sólo en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente. El contrato y sus posteriores renovaciones no podrán exceder de tres años consecutivos (**art. 39°** del Reglamento de la ley de carrera administrativa – Decreto Supremo N° 005-90-PCM).

³⁰ El **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 superior al del servidor. En ningún caso debe exceder el período presupuestal (**art. 82°** del Reglamento de la ley de carrera administrativa – Decreto Supremo N° 005-90-PCM)

oficial de la persona que no reúne las exigencias legales a sabiendas de esta ilegalidad. Esta postura es adoptada por la jurisprudencia penal peruana en la Casación N° 265-2019-Moquegua y el Recurso de Casación N° 1712-2019-Lambayeque³¹.

Para una correcta adecuación típica en un caso concreto, debe verificarse la concurrencia de hasta tres elementos objetivos importantes para comprender esta conducta, las cuales son: (i) el cargo público, (ii) la persona legalmente inidónea, y (iii) los requisitos legales.

3.4.5. Aceptación ilegal de cargo sin contar con los requisitos legales

La conducta de aceptar el cargo es un comportamiento activo que se exterioriza con actos positivos por parte del sujeto nombrado, designado, contratado o encargado.

La aceptación del cargo consiste en la conducta del “nombrado” que muestra su conformidad con el nombramiento, designación, contratación o encargatura, sea por escrito o realizando las conductas destinadas a asumir el cargo público.

Esta modalidad delictiva se configura cuando el agente, tercero o funcionario o servidor público, sabiendo perfectamente que no reúne los requisitos establecidos en la ley, reglamento o resolución acepta el nombramiento para desempeñar un cargo público.

4. Consumación y tentativa

El injusto penal, al ser un delito de resultado y de comisión instantánea se requiere, para su consumación, la oficialización del nombramiento, designación, contratación o encargatura con las formalidades del caso. En este sentido, no basta la simple propuesta, la designación de hecho o la entrega material del cargo³².

En el primer supuesto típico, el delito se consuma cuando el funcionario público hace el nombramiento oficial, con las formalidades exigidos por ley, de la persona que no reúne los requisitos exigidos legalmente. En el segundo supuesto, se consuma cuando

³¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la república, 29 de mayo de 2020, Recurso Casación N° 1712-2019-Lambayeque:

"Cuarto. - (...).

Es irrelevante, a los efectos del derecho penal, que el cargo objeto de nominación sea temporal o definitivo".

³² Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4º edición. Lima: Grijley, p. 232.

el agente, particular o funcionario o servidor público, admite voluntariamente y formalmente el cargo³³.

Esta figura penal admite la posibilidad de la tentativa³⁴ e incluso el desistimiento porque el acto de nombramiento, designación, contratación o encargatura requiere de etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando éste lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente³⁵. No obstante, en el caso de la aceptación del nombramiento, designación, contratación o encargatura, por la misma naturaleza jurídica de esta modalidad, es imposible admitir la tentativa.

5. Elemento subjetivo

Este injusto penal es un delito de comisión netamente dolosa. Este tipo penal solo acepta la modalidad del dolo directo³⁶. No existe la posibilidad de comisión por culpa.

En el primer supuesto, el accionar del funcionario público es con pleno conocimiento de la inidoneidad legal de la persona nombrada, designada, contratada o encargada para cargo público, lo cual exige dolo, por que, dada la posición de garante del funcionario, este actúa con conocimiento y voluntad³⁷. En el segundo supuesto, el

³³ Cfr. Sentencia del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, 14 de septiembre de 2018, Exp. N° 2696-2016-95-2601-JR-PE-01, señala que: "**vi**) El delito se consuma con la aceptación expresa del cargo. Si la ley exigiera determinada formalidad para tal "aceptación" del cargo, esto debe cumplirse para que el delito quede consumado".

³⁴ En contra, Frisancho Aparicio señala que la tentativa es inadmisibles tanto en el caso de nombramiento como el de aceptación: Frisancho Aparicio, Manuel (2011). Delitos contra la administración pública, 4ª edición. Lima: Editora Fecat, p. 298.

³⁵ En similar sentido, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Apelación, Exp. N° 07-2007, 4 de mayo de 2010, ha señalado que: "*En tal sentido, "hacer un nombramiento" no describe un actor formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando éste lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente*".

³⁶ Cfr. Salinas Sichha, Ramiro (2019). Delitos contra la administración pública, 5ª edición. Lima: Grijley, p. 315.

³⁷ En nuestra legislación penal peruana no se requiere de un propósito específico ni utiliza el "a sabiendas", como lo hace, por ejemplo, el Código penal español, supuestos en los cuales existe

particular o un funcionario o servidor público a pesar que sabe que para aceptar el nombramiento, designación, contratación o encargatura de un cargo debe reunir ciertos requisitos que sabe no cumple con eso y, aun así, con pleno conocimiento de la idoneidad acepta el cargo y los ejerce como tal.

Es perfectamente admisible el error de tipo en el conocimiento poseído por el funcionario al momento del acto, porque es posible que el funcionario no pueda advertir sobre la inexistencia de un requisito, v.gr: el nombrado presenta un título o algún documento falsificado³⁸.

6. Autoría y participación

En este injusto penal, es posible la participación, a título de cómplice e instigación. Responderá a título de complicidad solo el funcionario que, a sabiendas que la persona no reúne las exigencias legales, propone como candidato idóneo para que sea nombrado, designado, contratado o encargado para el cargo. Será instigador, el servidor público o un tercero que instiga al nombramiento de la persona inidónea.

7. Causas de justificación

Existe la posibilidad que se presente un estado de necesidad justificando cuando en zonas alejas o al interior de país no existe persona idónea para asumir el cargo y la situación amerita con urgencia la provisión de la plaza para el cumplimiento de las funciones.

un reforzamiento al dolo del agente para que su conducta sea penalizada: Rojas Vargas, Fidel (2007). Delitos contra la administración pública, 4^o edición. Lima: Grijley, p. 332.

³⁸ Abanto Vásquez, Manuel A (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2^a edición. Lima: Palestra Editores, p. 274.

Financiamiento de la investigación

Con recursos propios.

Declaración de intereses

Declaro no tener ningún conflicto de intereses, que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas.

Declaración de consentimiento informado

El estudio se realizó respetando el Código de ética y buenas prácticas editoriales de publicación.

Derechos de uso

Copyright© 2023 por **Valentín Rodolfo Soto Llerena**

Este texto está protegido por la [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional](#).



Usted es libre para compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y adaptar el documento, remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente, siempre que cumpla la condición de atribución: usted debe reconocer el crédito de una obra de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace.