ALCANCE DEL VERBO RECTOR "HACER NOMBRAMIENTO"

1. 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. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de diciembre de dos mil veintiuno

VISTOS Y OÍDO: en audiencia pública virtual, el recurso de casación excepcional interpuesto por el sentenciado **JAIME ALBERTO RODRÍGUEZ VILLANUEVA**, contra la sentencia de vista del 28 de noviembre de 2018, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que confirmó la sentencia de primera instancia, del 23 de julio de 2018, que lo condenó como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de nombramiento indebido de cargo público, en agravio del Estado (Gobierno Regional de Moquegua), al pago de setenta días-multa; impuso pena de inhabilitación por

el plazo de setenta días, conforme con el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal; y fijó en S/5000,00 (cinco mil soles) el monto que, por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la parte agraviada.

Ponencia de la jueza suprema **PACHECO HUANCAS.**

CONSIDERANDO

I. DEL TRÁMITE DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

1. Según el requerimiento acusatorio[1], el marco fáctico de imputación es el siguiente:

1.1. Circunstancias precedentes

El imputado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva fue elegido –por voto popular– gobernador regional de Moquegua, asumiendo dicha función pública el 1 de enero de 2015.

Mientras que en enero de 2015, el imputado Cristian Mario Rospigliosi Mendoza trabajaba a plazo indeterminado, en el cargo de asistente administrativo del Almacén Central de la Subgerencia de Logística de la Subregión Ilo – Gobierno Regional de Moquegua, mas nunca había laborado en la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico, dependiente de la Dirección de Infraestructura del Gobierno Regional de Moquegua.

1.2. Circunstancias concomitantes

1.2.1. Hecho imputado a Jaime Alberto Rodríguez Villanueva

El 07 de enero de 2015, el imputado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, en su condición de gobernador regional de Moquegua, emitió la Resolución Ejecutiva Regional N.° 030-2015-GR/MOQ a través de la cual, sin ningún fundamento ni sustento técnico legal y disfrazando en realidad una designación, ENCARGÓ aparentemente en forma "temporal" 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.

Sin embargo, tenía conocimiento que este último no reunía los requisitos mínimos para desempeñar dicho cargo, toda vez que no contaba con el título profesional y además, no tenía una amplia experiencia en la conducción de programas de sistemas administrativos afines al cargo, como lo exige el Manual de Organización y Funciones del Gobierno Regional de Moquegua. Asimismo, el cargo de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico no era compatible con el nivel de carrera del

[1] Cfr. página 26 y ss., del expediente judicial.

imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, tal como lo exige el artículo 82 del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM que aprueba el Reglamento de la Carrera Administrativa dispuesta por el Decreto Legislativo N.° 276.

1.2.2. Hecho imputado a Christian Mario Rospigliosi Mendoza

El 7 de enero de 2015, el imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, a sabiendas de que no reunía los requisitos mínimos para desempeñar el cargo de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico, dependiente de la Dirección de Infraestructura del Gobierno Regional de Moquegua, toda vez que no contaba con título profesional y además, no tenía una amplia experiencia en la conducción de programas de sistemas administrativos afines al cargo, como lo exige el Manual de Organización y Funciones del Gobierno Regional de Moquegua, aunado al hecho de que dicho cargo no era compatible con su nivel de carrera, tal como lo exige el artículo 82 del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM que aprueba el Reglamento de la Carrera Administrativa dispuesta por el Decreto Legislativo N.° 276; aun así decidió aceptar una supuesta encargatura, la cual en realidad era una designación, dispuesta mediante la Resolución Ejecutiva Regional N.° 030-2015-GR/MOQ, desempeñando dicho cargo desde el 7 de enero de 2015 hasta el 16 de marzo de 2015.

1.3. Circunstancias posteriores

El 16 de marzo de 2015, el imputado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva emitió la Resolución Ejecutiva Regional N.° 202-2015-GR/MOQ, a través del cual da por concluida la supuesta encargatura del imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza en el cargo de jefe de la Oficina de Servicios y Equipo Mecánico.

2. Por estos hechos, el titular de la acción penal formuló acusación fiscal contra Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, calificándolo jurídicamente como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de nombramiento ilegal de cargo público, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua. En tal virtud, instó la imposición de 80 días-multa, equivalente a la suma de S/10 000,00, así como un año de inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2, del artículo 36, del Código Penal concordante con el artículo 426 del citado Código y S/5000,00 por concepto de reparación civil.

3. Posteriormente, el Primer Juzgado Penal Unipersonal emitió sentencia[2] del 23 de julio de 2018, en la que condenó al encausado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de nombramiento indebido de cargo público,

[2] Cfr. página 335 y ss., del expediente judicial.

tipificado en el artículo 381, primer párrafo, del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Gobierno Regional de Moquegua y como tal se le impuso la pena de setenta días-multa ascendientes a la suma de S/8750,00, inhabilitación por el plazo de setenta días conforme al artículo 36, numerales 1 y 2, del Código Penal, y se fijó S/5000,00 por concepto de reparación civil. Entre algunos fundamentos relevantes para la resolución del recurso de casación, se tiene:

3.1. Respecto del término "nombramiento" la jurisprudencia refiere que se trata de un "procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que se desempeñe en un cargo público particular, estableciendo entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como 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 correspondiente".

3.2. Dicho de otra manera y aplicado al caso en concreto, el hecho de haberlo encargado temporalmente es un mero acto formal. Aquí el cuestionamiento es si el señor Rodríguez Villanueva al "encargar temporalmente" dicha jefatura en realidad "hizo un nombramiento".

3.3. Se considera que si se hizo un nombramiento en el cargo de jefe de la Oficina de Servicios Mecánicos; pues no importa el término utilizado si la finalidad es la misma, es decir, posesionar a una persona en un determinado cargo para cumplir una función específica. Dicho criterio es esbozado en la doctrina de la siguiente manera "es irrelevante si el nombramiento es definitivo o es provisional, por cuanto para uno u otro se exige que el nombramiento en examen se dé sobre persona que reúna los requisitos legales".

3.4. Lo que resulta relevante no es el término, sino haber designado a una persona en ese cargo, tal como ha sucedido en el caso de autos. El haber dado un nombre distinto al nombramiento como es "encargar temporalmente" es querer darle una apariencia para desviarle de los requisitos legalmente exigidos y por tanto quebrantar y lesionar el bien jurídico protegido que es la correcta Administración de justicia y en específico preservar la legalidad de los nombramientos en personas que en definitiva no cumplen el perfil.

4. Frente a dicha decisión, el sentenciado promovió recurso de apelación[3]. Este medio impugnatorio fue concedido mediante Resolución N.° 8[4], del 1 de agosto de 2018. Resolviendo el grado, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, emitió la sentencia de vista del 28

[3] Cfr. página 352 y ss. del expediente judicial.
[4] Cfr. página 362 y ss. del expediente judicial.

de noviembre de 2018[5], mediante la cual confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

5. En cuanto al elemento "nombramiento" –extremo materia de recurso de casación–, los fundamentos que expuso la sentencia de vista fueron los siguientes:

5.1. El bien jurídico tutelado es preservar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos que no tienen el perfil, afirmando el prestigio institucional que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus cuadros. La conducta a reprimir es aquella que infringe los reglamentos, el manual de organización y funciones, el cuadro para asignación de personal, donde contiene los requisitos legales de las plazas. Se busca evitar dolosamente se cubran plazas para funcionarios o servidores públicos sin contar con los requisitos mínimos exigidos por la institución en su Manual de Organización y Funciones.

5.2. Conforme a una interpretación teleológica, el sentido de ser de la norma, es no solo proteger los nombramientos definitivos, sino también los provisionales como las designaciones y encargaturas, pues para efectuarlas también se requieren los requisitos legales. La doctrina nacional ha señalado que es irrelevante si el nombramiento es de carácter definitivo o provisional. En ambos supuestos se exige que el nombramiento para cargo público se realice sobre persona que reúne los requisitos legales exigidos por ley o reglamento.

5.3. Una interpretación literal de la norma penal, como pretende el recurrente, significaría vaciar de contenido el tipo penal de nombramiento ilegal, limitarlo a su mínima expresión. Con ello, no habría protección contra los actos arbitrarios de los funcionarios públicos en los nombramientos provisionales.

5.4. Así se soslayaría los requisitos legales sin ninguna consecuencia penal, colocando a personas en los puestos de confianza sin que tengan el título profesional ni experiencia debida, es decir, llenaríamos la Administración pública con gente inidónea para el cargo. Prácticamente no tendría objeto contar con reglamentos, manuales de organización y funciones, cuadros para asignación de personal, en todo caso, tendríamos que interpretar que tales requisitos consignados en cada plaza es meramente referencial y no obligatorios.

5.5. La supuesta colisión entre el principio de legalidad y la analogía es aparente, ante una aplicación e interpretación literal, salvable con una

[5] Cfr. página 470 y ss. del expediente judicial.

debida interpretación en sede penal, pues uno y otro término importan un mismo sentido en cuanto a posesionar por la autoridad competente a una persona en un cargo de la Administración pública que deba cumplir los requisitos legales y ejercer plenamente esa función.

5.6. No se ha vulnerado el principio de legalidad penal, pues no se está creando un tipo penal, tampoco una sanción, no se está constituyendo una modalidad de delito; la interpretación teleológica de los elementos normativos del tipo que se asume no linda con la analogía.

6. Frente a ello, el sentenciado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva interpuso recurso de casación excepcional[6] e invocó los motivos casacionales previstos en los numerales 1 y 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal. Alegó lo siguiente:

6.1. Inobservancia de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional efectiva, así como de los principios de legalidad y prohibición de analogía de la ley penal [artículo 429.1 del Código Procesal Penal]. Sostuvo que su conducta es atípica, pues el supuesto de hecho previsto en el primer párrafo, del artículo 381, del Código Penal, se refiere al verbo rector "hacer nombramiento" y no a "encargar".

6.2. Sin embargo, el Tribunal Superior consideró que "era salvable" mediante una interpretación teleológica del tipo penal. Añadió que esta interpretación es errónea, pues se debe utilizar cuando existe ambigüedad en la norma y no cuando el supuesto de hecho establecido en el tipo penal es claro. Finalmente, expresó que la mencionada interpretación implica vulneración al principio de legalidad penal, así como a la prohibición de la analogía.

6.3. Errónea interpretación del delito de nombramiento indebido, previsto en primer párrafo, del artículo 381, del Código Penal [artículo 429.3 del Código Procesal Penal]. Sostuvo que, tanto en primera como en segunda instancia, se acreditó que su conducta consistió en realizar una encargatura de carácter temporal y no un nombramiento, como lo establece el tipo penal en mención. Sin embargo, la Sala Superior para determinar que su conducta se encuentra subsumida dentro de los alcances del delito de nombramiento indebido, consideró —erróneamente— que este tipo penal no solo protege los nombramientos definitivos sino también los provisionales como las designaciones y encargaturas, pues para efectuarlas también se requiere observar requisitos legales.

[6] Cfr. página 508 y ss.

6.4. El recurrente añadió que se debe considerar que el delito en mención es un tipo penal en blanco, dado que el supuesto normativo es el "nombramiento" y para definir su alcance, se debe remitir a la ley administrativa, en la cual se establecen requisitos y formas.

6.5. Propuso que esta Alta Corte desarrolle doctrina jurisprudencial sobre si el verbo rector "hacer nombramiento", establecido en el artículo 381, primer párrafo, del Código Penal, es equiparable con las conductas de "encargar, designar, destacar". Por último, expresó que el pronunciamiento del Tribunal Supremo permitirá unificar jurisprudencia.

II. DEL TRÁMITE SEGUIDO EN ESTA SEDE SUPREMA

7. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430.6 del Código Procesal Penal emitió el auto de calificación[7] de recurso de casación, del 14 de octubre de 2020. Se declaró bien concedido el recurso de casación excepcional promovido por el sentenciado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre el alcance del verbo rector "hacer nombramiento", para ser analizado conforme con los motivos casacionales previstos en los numerales 1 [infracción a los principios de legalidad penal y prohibición de la analogía] y 3 [errónea interpretación de precepto material], del artículo 429, del Código Procesal Penal.

8. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las cédulas de notificación y cargos que obran en el cuadernillo supremo, se emitió el decreto[8] del 15 de octubre de 2021, que señaló el 11 de noviembre del año en curso como fecha de audiencia de casación.

9. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación respectiva y, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó en la fecha.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

10. En primer lugar, es necesario precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, devolutivo, no suspensivo y extensivo en lo favorable, por el cual se somete a conocimiento de la Corte Suprema (Tribunal de casación) determinadas resoluciones, con la finalidad de cautelar la observancia de garantías constitucionales y la correcta aplicación e interpretación, de la ley material y procesal, por los órganos jurisdiccionales de instancia.

[7] Cfr. página 55 y ss., del cuadernillo formado en esta sala suprema.
[8] Cfr. página 71 del cuadernillo formado en esta sala suprema.

11. Su finalidad es unificar la jurisprudencia, sustentada en los principios de igualdad y predictibilidad jurídica, dado que se pretende asegurar que los jueces determinen soluciones similares frente a conflictos de similar naturaleza.

III.1. Delimitación del objeto de análisis y pronunciamiento

12. Conforme ya se anotó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación excepcional promovido por el sentenciado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, por los motivos casacionales previstos en los numerales 1 y 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

13. Sobre la base de sus motivos expuestos (ver fundamento 6 de la presente sentencia), el conflicto jurídico se circunscribe a i) fijar el alcance del verbo rector "hacer nombramiento", ii) determinar si en el caso concreto la sentencia de vista impugnada infringió los principios de legalidad penal y prohibición de analogía (429.1); y, iii) determinar si la sentencia de vista importa una errónea interpretación de precepto material (429.3).

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 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[9].

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[10]. 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"[11].

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.

---

[9] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional, Expediente N°0006-2014-PI/TC. Fundamento 137

[10] 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://pucpedupe-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/msverav_pucp_edu_pe/EQPhTIUUmRZNkMGgLjXpkeoBVQvAfFS9EhOBJFTRj2dgcA?e=gsleTm

[11] García Arán, citado por Miguel Díaz y García Conlledo, en *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*.

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".

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)[12], 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.

[12] Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Extraído de: https://dle.rae.es/nombramiento

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[13] 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 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

[13] Extraído de: https://dpej.rae.es/lema/nombramiento-ilegal

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.º 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General[14], 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 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"[15].

---

[14] Aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS

[15] Tribunal del Servicio Civil. Resolución N.º 002802-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala. Fundamento 42. Extraído de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1379612/Resoluci%C3%B3n%20del%20Tribunal%20del%20Servicio%20Civil%2002802-2019-Servir-TSC-%20Primera%20Sala.pdf

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***

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[16].

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

[16] Cfr. Peña Cabrera Freyre, Alonso. Derecho penal. Parte especial. Tomo V. Lima: Editorial IDEMSA, p. 265.

los gobiernos de turno, constituyéndose además en un mecanismo estructural de prevención de la corrupción"[17].

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, 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

[17] Sentencia de Casación N.° 418-2019. Fundamento 8.6.

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 N.° 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.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 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.º 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.

III.4. Análisis del caso en concreto

49. Según el Manual de Organización y Funciones (MOF) del Gobierno Regional de Moquegua[18], el cargo de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Técnico, requiere los siguientes requisitos mínimos: i) título profesional que incluye materias relacionadas al campo de su competencia; y, ii) amplia experiencia en la conducción de programas de Sistemas Administrativo a fin. Lo que ha sido corroborado por el Informe N.° 93-2016-ODI-GRPPAT/GR.MOQ[19], emitido por la Oficina de Desarrollo Institucional del Gobierno Regional de Moquegua.

50. Luego, conforme al Oficio N.° 331-2016-SUNEDU-15-15.02, Sunedu hizo de conocimiento que el señor Christian Mario Rospigliosi Mendoza no registra grado o título. Asimismo, mediante el Oficio N.° 001-2015-DRA/GR.MOQ, la Dirección Regional de Administración, comunicó que la labor que realizaba el señor Rospigliosi Mendoza, era como asistente administrativo, en el Área de Abastecimiento – Almacén, de la Subregión de Ilo.

51. Es sobre la base de estos elementos que tanto el Juzgado de primera instancia, como la Sala Superior dieron por acreditado que Christian Mario Rospigliosi Mendoza no cumplía con los requisitos legales estatuidos por el MOF del Gobierno Regional de Moquegua. Estos aspectos no han sido sometidos a debate, ni fueron materia de recurso de casación.

[18] Cfr. páginas 87 a 90, del Expediente Judicial.
[19] Cfr. página 86, del Expediente Judicial.

52. Ahora bien, se tiene que con fecha 7 de enero de 2015, el recurrente Jaime Alberto Rodríguez Villanueva firmó la Resolución Ejecutiva Regional N.° 30-2015-GR/MOQ, mediante la cual se resolvió: "Encargar temporalmente, con eficacia a partir del 7 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre del mismo año, al Sr. Christian Mario Rospigliosi Mendoza, en el cargo de jefe de la Oficina de Servicios Mecánicos, nivel F-3, dependiente de la Dirección de Infraestructura del Gobierno Regional de Moquegua, debiéndose efectuar el pago de su remuneración con los recursos de la entidad".

53. Sobre la base de la fundamentación desplegada en la presente sentencia, resulta claro que el recurrente cometió el delito de nombramiento indebido de cargo, pues a pesar de que Rospigliosi Mendoza no cumplía con los requisitos legales, fue incorporado en dicho cargo (independientemente de que en el caso particular se trataba de un funcionario anteriormente nombrado y que fue asignado a otro cargo).

54. En este sentido, se advierte que el razonamiento realizado por la Sala Superior resulta acorde a la fundamentación desarrollada en la presente ejecutoria, por lo que, en el caso concreto no se da la causal del numeral 3 por interpretación errónea del precepto material contenido en el artículo 381 del Código Penal, ni tampoco la causal del numeral 1, en vista a que no se han vulnerado los principios de legalidad penal ni prohibición de analogía. En consecuencia, corresponde declarar infundado el recurso interpuesto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

I. Declarar **INFUNDADO** el recurso de casación excepcional, por las causales 1 y 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, interpuesto por el sentenciado **JAIME ALBERTO RODRÍGUEZ VILLANUEVA**, contra la sentencia de vista del 28 de noviembre de 2018, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, que confirmó la sentencia de primera instancia, del 23 de julio de 2018, que lo condenó como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de nombramiento indebido de cargo público, en agravio del Estado (Gobierno Regional de Moquegua), al pago de setenta días-multa; impuso pena de inhabilitación por el plazo de setenta días, conforme con el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal; y fijó en S/5000,00 (cinco mil soles) el monto que, por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la parte agraviada.

II. **DISPONER** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta sede Suprema y se publique en

la página web del Poder Judicial. Cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen, se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema y se haga saber.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

IEPH/rsrr