

EXPEDIENTE : 02696-2016-95-2601-JR-PE-01
JUEZ : VALDIVIEZO GONZALES JUAN CARLOS
ESPECIALISTA : JUAREZ SATAN GENARA
MINISTERIO PÚBLICO : 2DA FISCALIA PROV PENAL CORPORATIVA DE TUMBES,
IMPUTADO : ESLHY JESCENIA YAVILA PRECIADO
DELITO : NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN INDEBIDA PARA CARGO PÚBLICO.
AGRAVIADO : EL ESTADO PERUANO,

NOMBRAMIENTO O ACEPTACION ILEGAL DE CARGO PÚBLICO

Sumilla: En el delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo público, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública, en tanto el objeto directamente afectado son “las garantías referidas al principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública”.

AUTO DE SOBRESEIMIENTO

RESOLUCIÓN NÚMERO: 10

Tumbes, 14 de septiembre de 2018.

VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública, el requerimiento de acusación formulado por el Ministerio Público en el marco de la investigación preparatoria seguida contra **ESLHY JESCENIA YACILA PRECIADO** por el presunto delito contra la administración pública en la modalidad de nombramiento y aceptación ilegal del cargo en agravio del Gobierno Regional de Tumbes.

CONSIDERANDO

Primero: Antecedentes

- 1.1. La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tumbes, mediante requerimiento acusatorio de folios 24 a 36, insto ante este Juzgado de Investigación Preparatoria dicte el auto de enjuiciamiento contra la encausado Eslhy Jescenia Yacila Preciado, por la comisión del delito contra la administración pública-aceptación ilegal de cargo.
- 1.2. Instalada la audiencia de control de acusación, luego de oralizado el requerimiento por parte de la señora representante del Ministerio Público y, una vez superado el control formal, la defensa legal de la acusada requirió el sobreseimiento de la causa penal por la causal prevista en el art. 344° inciso 2, apartado b) del Código Procesal Penal, esto es que el hecho no es típico. Al respecto indico lo siguiente: i) que todo el proceso de nombramiento se realizó conforme a ley, no existiendo indicio de delito, ii) Que no existe proceso administrativo disciplinario en contra de la encausada, iii) la comisión evaluadora la declaro apta además ella cumpla con los requisitos que exige el cargo, iv) no existía contrato de suplencia.

Segundo: Imputación fáctica.

- 2.1. Conforme al requerimiento de acusación fiscal de folios 24 a 36, se le atribuye a la señora Eslhy Jescenia Yacila Preciado, que a raíz de la convocatoria a concurso público de nombramiento de profesionales de la salud realizado por la Unidad Ejecutora 400 región de Tumbes, habría postulado a la plaza de obstetra no obstante que el Decreto Supremo N° 032-2015-SA [Norma que establece los lineamientos para el proceso de nombramiento de los profesionales de la salud y de los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud del Ministerio de Salud, sus organismos públicos y las unidades ejecutoras de

salud de los gobiernos regionales y las Comunidades Locales (Administración de Salud – CLAS], de fecha 13 de octubre de 2015 en su artículo 5° establece que no se encuentra comprendido en el proceso de nombramiento del presente ejercicio, el siguiente personal “el personal de la salud contratado en la modalidad de suplencia temporal” condición laboral que dicha encausada mantenía en ese momento y que habría omitido dar a conocer para de esa manera ser declarada apta en el procedimiento de selección y posteriormente acceder al cargo en la plaza de obstetra.

Tercero: FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

3.1. En el presente caso penal, se solicita el sobreseimiento por la causal prevista en Artículo 344° inciso 2) apartado b) del Código Procesal Penal. Allí se prevé que procede el sobreseimiento cuando: “el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación o de inculpabilidad o de no punibilidad. Sobre el particular; “el hecho imputado no es típico”, cuando existe ausencia de los elementos de tipicidad objetiva (sujetos, objeto material, acción jurídico penalmente relevante, o de nexo de riesgo que permita la imputación al tipo objetivo) o de tipo subjetivo tanto del delito como del tipo penal. [En mayor amplitud: Luis Miguel Reyna Alfaro: Manual de Derecho Procesal Penal, instituto Pacifico, 2015, p 395-424]

3.2. El delito de aceptación ilegal del cargo público.

3.2.1. La descripción típica se encuentra contenida en el Artículo 381° del Código Penal, con el siguiente tenor:

(...)

“El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con una pena de sesenta a ciento días multa”.

3.2.2. Este delito se ubica en la sección I “abuso de autoridad”, del capítulo “Delitos cometidos por funcionarios públicos, del título XVIII “delitos contra la administración pública” del libro segundo del Código Penal.

3.2.3. El delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo siguiendo en esta parte al autor nacional **Manuel Abanto Vásquez** en su obra: “**los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano**”, presenta las siguientes características:

i) El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública.

ii) el objeto directamente afectado según **Morales Prat /Rodríguez Puerta** son “las garantías referidas al principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública”. Para **Alberto Donna** la figura penal en cuestión “busca resguardar al funcionamiento de la administración del peligro que un nombramiento cuyo beneficiario no detente los requisitos extrínsecos puede acarrearle. En esa dirección, se ha sostenido que lo protegido es la incolumidad del eficiente desempeño de los cargos públicos frente al riesgo que para ella involucra la falta de idoneidad legalmente requerida”, [**Alberto Donna, Edgardo. Derecho Penal Parte Especial, Rubinzal Culzoni Editores, 2002 Buenos Aires T. III., p, 263**],

iii) La acción se comete en dos supuestos: a) hacer un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales y, b) aceptar el cargo sin contar con los requisitos legales. En este último supuesto, “consiste en la conducta del “nombrado” que muestra su conformidad con el nombramiento, sea por escrito o realizando las conductas destinadas a asumir el cargo”. En cuanto al cargo no es cualquier designación sino un cargo público es decir que involucre funciones públicas,

iv) igualmente para la configuración de la modalidad típica requiere satisfacer un elemento normativo “ilegalidad”; quien acepta el cargo no debe cumplir los requisitos legales. Ahora bien, según **Alberto Donna** los requisitos legales son las condiciones personales, establecidas por la ley o el reglamento a tenido a ella que debe llenar la persona para ocupar el cargo público, tales como la nacionalidad, edad, residencia, etc., sin que quepa computar dentro de tal concepto la idoneidad de la persona para desempeñar el cargo; no se refiere la ley a la carencia de capacidad de hecho”,

v) Tipicidad subjetiva, es necesario el dolo directo, pues el sujeto activo, por exigencia del tipo penal, debe conocer que carece de los requisitos legales para ser nombrado,

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.

3.2.4. El incumplimiento de ciertos requisitos generales - no esenciales establecidos en una norma reglamentaria que regula los criterios y procedimientos para el desarrollo de un proceso de nombramiento entre ellos el vínculo laboral que tuviera el postulante al cargo público al momento de la postulación, no alcanza la condición típica que exige el artículo 381° del Código Penal. En todo caso, ante dicha irregularidad existen los mecanismos de carácter administrativo para restar validez a aquellos actos de la misma naturaleza dictados de manera contraria al ordenamiento jurídico vigente (verbigracia; nulidad del concurso o nombramiento). El derecho penal es el mecanismo de control social más violento con que cuenta el Estado por lo únicamente puede intervenir ante la grave afectación de los bienes jurídicos del ciudadano y la sociedad [*principio de mínima intervención o última ratio*].

Cuarto: Análisis del caso

- 4.1.** En presente caso penal; se advierte que el secretario general del Sindicato de Trabajadores administrativos de la Dirección Regional de Salud de Tumbes denuncia la existencia de irregularidades en las resoluciones de nombramiento 2015 entre ellas la encausada Yacila Preciado quien se encontraba ocupando la plaza de suplencia N° 32092 cuyo titular era Fernando Antonio Valle Muñoz, por tanto no debió ser declarada apta en el procedimiento de nombramiento menos aún ser nombrada debido a que el Art. 5° del Decreto Supremo N° 032-2015-SA establecía: “el personal de salud contratado en la modalidad de suplencia temporal no puede ser comprendido en dicho proceso de nombramiento de este ejercicio”.
- 4.2.** La citada encausada conforme se señala en la Resolución Ejecutiva N° 00000390-2016/GOB.REG-Tumbes, de fecha 06 de septiembre de 2016, no solamente al 13 de septiembre de 2013 carecía de contrato de suplencia y por lo tanto estaba habilitada a participar en el proceso de nombramiento del personal de salud sino que además contaba con nueve años, un mes y trece días como tiempo de servicios cumpliendo así los requisitos legales para acceder al cargo de obstetra.
- 4.3.** Siendo así, habiéndose ya revisado el procedimiento de nombramiento en sede administrativa y no encontrando vicios o irregularidades en el mismo, no puede considerarse que la acción de la encausada de aceptar el cargo público para la cual fue nombrada sea ilegítimo.
- 4.4.** De otro lado, debe tenerse en cuenta que observaciones que oportunamente efectuará el órgano de control institucional, han sido conocidas por la Comisión de nombramiento y de apelación de la propia entidad pública convocante, así como por el Gobierno Regional de Tumbes, habiendo sido desestimadas.

- 4.5. En ese sentido, debe apreciarse que según el Artículo 9° de la Ley d Procedimiento Administrativo General, todo acto administrativo goza de la presunción iure et iure; es decir se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional conforme corresponda, lo cual a la fecha no ha ocurrido por el contrario la administración pública ha declarado la total validez no solamente del procedimiento sino también del nombramiento en sí. Por consiguiente, no existiendo indicios suficientes que acrediten que la aceptación del cargo público sea ilegítimo, el hecho imputado en efecto deviene en atípico, debiendo sobreseer la causa penal.

DECISIÓN

Por los argumentos fácticos y jurídicos antes esbozados, el magistrado del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, **declara:**

1. **FUNDADO** el requerimiento de sobreseimiento formulado por la defensa técnica de la encausada **ESLHY JESCENIA YACILA PRECIADO**, en el marco de la investigación preparatoria seguida en su contra por el presunto delito contra la administración pública en la modalidad de aceptación ilegal del cargo en agravio del Gobierno Regional de Tumbes.
2. **SOBRESEASE DEFINITIVAMENTE** la causa penal respecto a dicha imputada. **LEVANTESE** las medidas coercitivas de carácter personal y/o real dictadas en su contra o sus bienes. **ANULENSE** los antecedentes judiciales, policiales derivados del presente proceso.
3. **NOTIFIQUESE** a las partes procesales. Devuélvase la carpeta fiscal a la señora Fiscal Susan Mercedes Alvarado Rodríguez.