

## NEPOTISMO, LA VISIÓN PATRIMONIALISTA DEL ESTADO

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Especialista en Derecho Público.

Catedrático de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*"No se me acusará de haber elevado y puesto en los altos destinos del Estado a individuos de mi familia; al contrario, se me puede reprochar el haber sido ingenuo para con algunos de ellos que seguían la carrera militar...".*

(Sizola Bolívar, en *El Diario de Bucaramanga*, Luis Perú de Lacerda. p. 21)

### SUMARIO:

I. Presentación.- II. Aspectos terminológicos.- III. Concepto contemporáneo de nepotismo.- IV. El triple fundamento de la proscripción del acto nepótico: 1. El nepotismo como conflicto de interés; 2. El nepotismo como desvío del poder público; 3. El nepotismo como transgresión al derecho de acceso igualitario a los cargos públicos de los ciudadanos.- V. La estructura normativa de la conducta prohibida en el derecho nacional: 1. El ámbito de entidades dentro de las cuales alcanza la prohibición; 2. Las autoridades sujetas a la prohibición de incurrir en el acto nepótico; 3. Las personas naturales con vínculo de parentesco impedidas de acceder al cargo público a través del acto nepótico; 4. Tipos de relaciones jurídico-contractuales sobre las cuales aplica la prohibición; 5. La conducta prosrita a las autoridades obligadas.- VI. Las consecuencias jurídicas del acto nepótico: 1. Consecuencias personales; 2. Consecuencias sobre el contrato administrativo nepótico.- VII.- Los argumentos planteados en contra de la proscripción del nepotismo.

## I. PRESENTACIÓN

Mucho se ha dicho y escrito sobre el nepotismo en la función pública. La gravedad de la conducta nepótica ha llegado a tal extremo en nuestros países, que siendo un tema que de ordinario debiera regularse como impedimento en las normas laborales o estatutos de la función pública, ha transvasado su dimensión normal, para ser materia de preocupación de Códigos Penales e incluso de las bases mismas de la configuración constitucional de algunos integrantes de la Comunidad Andina.<sup>1</sup> Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, poco se ha estudiado sobre esta figura, sus fundamentos, estructura prohibitiva y relaciones con otros conceptos afines, como conflicto de intereses, desvío de poder, derecho de acceso igualitario a la función pública, etc.

Ciertamente nos encontramos frente a un fenómeno difícil de abordar desde la perspectiva jurídica, pues sustentándose en valoraciones axiológicas de bien común y justicia, su regulación pretende enderezar una consuetudinaria práctica patrimonialista de los grupos gubernamentales, pero, a su vez, también la imputación de su existencia es frecuentemente instrumentalizada para socavar la confianza en la gestión gubernativa.

<sup>1</sup> Constitución Política de Ecuador.

*"Artículo 125 (...) Se prohíbe el nepotismo en la forma que determina la ley. La violación de este principio se sancionará penalmente."*

Constitución Política de Colombia:

*"Artículo 126. Los servidores públicos no podrán servir como empleados o personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar o personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos cooperativos para incurrir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo las nombramientos que se hagan en aplicación de las normas regentes sobre ingreso o ascenso por méritos."*

La proscripción del acto nepótico, no solo se funda en aspectos valorativos, como veremos luego. Debemos reconocer también que el nepotismo *per se* acarrea serias dificultades funcionales para la gestión de la entidad pública en la que se presenta. En principio deslegitima a la autoridad nominadora, frente a la opinión pública y al personal de la institución, pues resta la respetabilidad y confianza en que las decisiones institucionales se adopten por necesidad pública y no por simple conveniencia personal o del grupo. Perturba la disciplina laboral debido a la falta de imparcialidad —cuando no abierto favoritismo— del superior para ejercer su potestad de mando en un plano de igualdad sobre los servidores vinculados familiarmente con los funcionarios con poder de decisión. Pero el tema más grave para el funcionamiento objetivo de las entidades, es que propicia una serie de conflictos de lealtades dentro de la organización, entre las personas comprometidas y los terceros, pues generalmente quiebra las líneas de mando y obediencia, introduciendo un factor de distorsión de la autoridad.

El presente ensayo pretende aportar al esclarecimiento del régimen jurídico del acto nepótico, a partir de una caracterización de sus aspectos dogmáticos y luego de su régimen jurídico vigente en nuestro país.

## II. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS

Morfológicamente la palabra nepotismo tiene un origen híbrido (latín y griego), formada por el radical y también raíz: *nepote* (del latín *nēpos/nīpote/nepōtes*, que significa sobrino/nieto/descendente) y por el sufijo nominal "*istius*" (del griego *anás*, que significa "práctica de").

La etimología nos demuestra que la palabra nepotismo surgió en Italia, en el sentido de indicar una excesiva autoridad que los sobrinos y otros parientes de los Papas ejercían en la administración eclesiástica. En efecto, el nepotismo era una acusación frecuentemente dirigida contra los Papas del Renacimiento (desde Sixto IV a Paulo III) que nominaban sistemáticamente sobrinos (*nepotes*) y otros parientes en posiciones clericales y administrativas de importancia.

Como se puede apreciar, desde sus propios orígenes, este término estuvo vinculado a la noción de patrimonios institucionales que no podrían ser considerados al mismo tiempo familiares (como ocurre, p. ej. en la monarquía). Por ello, para poder hablar de nepotismo con propiedad es preciso que se trate de cargos públicos.

Lamentablemente, el favorecimiento familiar, en los países de América Latina, goza de cierta aceptación social porque es una actitud que obedece a determinados mandatos sociales y culturales, evidenciándose un conflicto entre los valores sociales tradicionales (por ejemplo la solidaridad familiar) y las normas democráticas formales modernas.

## III. CONCEPTO CONTEMPORÁNEO DE NEPOTISMO

Conforme establece Transparencia Internacional, el nepotismo es "*una forma particular de conflicto de intereses*", que se aplica estrictamente a "*una situación en la cual una persona usa su poder público con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo, para un miembro de su familia*".<sup>2</sup>

Es importante tener en cuenta, que en sentido contemporáneo ya no es solo necesario hablar de nepotismo en relación con el ingreso al cargo público, sino también, a toda aquella situación de la relación funcional, posterior, en la que podría advertirse el quebrantamiento del deber de objetividad en razón al parentesco. Por ello, sostenemos que el acto nepótico es precisamente el impedimento a una autoridad, funcionario o servidor público, para usar su posición pública para provocar, defender, participar, inducir, o concretar el empleo, el

<sup>2</sup> TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Libro de Consulta (Source Book), p. 296.

nombramiento, la clasificación, la reclasificación, la evaluación, el ascenso, la transferencia, o el disciplinamiento de un familiar. Esta extensión resulta indispensable para comprender también el supuesto en que el familiar ingresa sin injerencia del familiar con cargo superior, como aquellos en que el vínculo parental surge con posterioridad al ingreso de ambos servidores a la organización administrativa.

Por sí misma la figura del nepotismo no proscribió *per se* la existencia de familiares dentro de una misma organización pública<sup>3</sup>, sino constituye un tipo calificado de conflicto de interés en la actuación de quien ejerce el poder público. En tal sentido, en la base del nepotismo existe una situación de oposición entre lo que dispone el interés público y el interés personal del funcionario, al momento de seleccionar, designar, evaluar, o ascender personal para su entidad pública.

#### IV. EL TRIPLE FUNDAMENTO DE LA PROSCRIPCIÓN DEL ACTO NEPÓTICO

##### 1. El nepotismo como conflicto de interés

En la base del nepotismo se encuentra un conflicto de interés surgido cuando, una persona que desempeña funciones en cualquier organización administrativa, es influenciada por consideraciones personales al momento de adoptarse alguna decisión en materia de personal. Desde esta perspectiva, el nepotismo, el amiguismo, el copamiento partidario, son especies dentro de un mismo género.

Como bien establece Savater, todas las personas de actuación pública, -y los funcionarios lo son-, tienen tres intereses o fines diferentes: los personales, los del partido y los de la Entidad a la cual sirven. En este contexto, siempre:

*"[...] existe el peligro de que los políticos los mezclen y confundan, lo que beneficia a ellos privadamente, a a su partido, con lo que beneficia a la colectividad o al Estado en general. La deontología del político exige que tengan bien claras los tres fines. Los tres son legítimos, pero lo son mientras no se mezclen; es decir, una persona, un político no puede tomar determinadas decisiones que le beneficien a él personalmente, o a su partido, con el pretexto de que beneficia a la colectividad. Lo importante es que se distingan esos fines, que el político sepa diferenciar la actividad con unos fines o con otros. Y si uno no es capaz de distinguir entre los diversos fines, no debe ofrecerse para la actividad pública, pues es obvio que esa persona ni puede ocupar un lugar público, ni tampoco la puede hacer una persona fanatizada y obsesionada con su propio partido, de tal manera que realmente sea incapaz de ver que la sociedad es un todo".<sup>4</sup>*

Por esta naturaleza de conflicto de interés calificado, es que la normativa dictada para proscribir esta práctica surge como una especificidad dentro de otras normas más amplias que ya lo comprenden. Así sucede por ejemplo, con la prohibición ética de mantener interés en conflicto contenida en el Código de Ética de la Función Pública (Ley No. 27815)<sup>5</sup> y con el deber

<sup>3</sup> El criterio objetivo de su parentesco en las entidades públicas, es un sano criterio de control interno institucional, pero que no se funda en un deseo de poder, o conflicto de intereses subjetivo, como el nepotismo. Por ejemplo, véase el Estatuto Administrativo chileno, lo considera en los siguientes términos: *"En una misma institución no podrán desempeñarse personas ligadas entre sí por matrimonio, por parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, de afinidad hasta el segundo grado, o adopción, cuando entre ellas se produzca relación jerárquica directa"* (artículo 29).

<sup>4</sup> SAVATER, Fernando, *Ética pública*, Castalia.

<sup>5</sup> Artículo 8.- *Prohibiciones éticas del la Función Pública.*

*El servidor público está prohibido de:*

*1.- Mantener intereses en conflicto.*

*Mantener relaciones y de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, familiares, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo".*

de abstención que tienen los funcionarios públicos en estos casos (Ley No. 27444, artículo 88).<sup>6</sup> En verdad estas normas ya contienen dentro de su universo de posibles aplicaciones, la contenida por la regulación específica del nepotismo, de la cual es solo una particularidad. De ahí, que deba tenerse cuidado al interpretar las normas sobre nepotismo, puesto que los supuestos aparentemente no contemplados expresamente en la regulación del nepotismo (por ejemplo, la contratación de familiares del cónyuge o la relación concubina) caben perfectamente dentro de las normas prohibitivas más generales.

## 2. El nepotismo como desvío del poder público

Cuando en el derecho administrativo nos referimos al desvío del poder, nos estamos refiriendo al ilícito viciante de la acción administrativa, por medio del cual se utiliza alguna de las funciones administrativas para fines distintos de los previstos el ordenamiento jurídico. En este caso, el vicio queda tipificado cuando un acto aparentemente válido en cuanto a su forma y contenido, persigue sin embargo un objetivo torcido, desviado, diferente al que tuvo en mira el legislador cuando atribuyó dicha facultad a la autoridad administrativa.

El desvío del poder, introduce al ámbito jurídico criterios de moralidad administrativa como fórmula para limitar la discrecionalidad de la administración pública, para utilizar medios lícitos, para buscar la realización de los fines públicos. En este sentido, la construcción de la teoría del desvío del poder, es por definición, un límite a la acción discrecional, de suerte que impide que en la práctica la decisión de la autoridad pueda dirigirse a la consecución de un fin de interés privado, u otro fin público extraño a la previsión legal. La construcción del desvío de poder, hace que la actuación administrativa sea incompatible con el ordenamiento jurídico.

Dicha acción la prevé el artículo 3 numeral 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo, cuando instituye como requisito de validez de los actos administrativos la finalidad pública. Esta norma indica:

*"Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad".*

Cuando la autoridad cede a la tentación del lazo familiar y designa a un pariente para el desempeño de una función pública, indudablemente está desviando el poder de nominación o selección que se le ha conferido, con el objetivo de obtener un beneficio o crédito para una persona vinculada.

Desde esta perspectiva, la nominación nepótica también encuentra su descalificación en las reglas ordinarias de la nulidad del acto administrativo por vicio en su finalidad.

<sup>6</sup> Artículo 88.- *Causales de abstención*

La autoridad que tenga facultad resolutoria o cuyas opiniones sobre el fondo del procedimiento puedan influir en el tenor de la resolución, debe abstenerse de participar en los asuntos cuya competencia le esté atribuida, en los siguientes casos:

1. Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de esa empresa, o con quienes les presten servicios.

2. Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otro semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquél.

3. **El nepotismo como transgresión al derecho de acceso igualitario a los cargos públicos de los ciudadanos**

En toda república, se reconoce el derecho que tienen todos los ciudadanos para tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.<sup>5</sup>

Mediante la consagración de este derecho, se pretende acabar con cualquier exclusión en cuanto al desempeño de actividades que involucren función pública, que por el mismo carácter de ser públicas han de estar abiertas a la posibilidad de ser ejercidas por cualquier ciudadano que cumpla los requisitos exigidos por la Ley. Quedan así definitivamente suprimidas las discriminaciones por razón de religión, ideología, sexo, legitimidad del nacimiento, familiaridad, y las preeminencias no justificadas de algunas personas para desempeñar funciones públicas.

En efecto, la fuente principal de este derecho es el tradicional derecho de igualdad, del cual deriva y acaso haya sido en su origen solo una concretización o una aplicación a un caso en concreto. Sin embargo, debemos advertir que se trata de un derecho que a diferencia del derecho clásico de igualdad se proyecta no solo como un derecho ante la aplicación de la ley, sino como un derecho exigible al propio legislador, o lo que es lo mismo, una igualdad en la ley.<sup>6</sup> Pero eso no es todo, con la consolidación del Estado democrático, la exigencia de este derecho originalmente individual se ha convertido en uno de los vértices de la participación política de las minorías, y como tal, las Declaraciones y convenios las consagran como un derecho político y no como un derecho individual que es el de la igualdad.

El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que tome parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. Este derecho es perfectamente compatible con que la ley señale requisitos y condiciones necesarios y objetivos para ingresar a los cargos y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley, al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, o requisitos subjetivos, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales.

Para asegurar la igualdad, por otra parte, es indispensable que los procedimientos de selección sean abiertos y generales, dentro de los cuales, los méritos y requisitos que se tomen

<sup>5</sup> Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

<sup>6</sup> Artículo 25.-

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

e) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Artículo 21.- Derechos políticos.

f) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

e) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o estado, por juez competente, en proceso penal.

<sup>8</sup> A esta diferencia se refiere el Tribunal español cuando afirma: "Como consecuencia del principio de igualdad actúan en dos planos distintos: como igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley, de una parte, y de la otra, como igualdad en la ley. En un segundo aspecto - y esta es la que explica la especificación en este caso del principio general de igualdad- la igualdad en la Ley, implica para el legislador no solo la prohibición de establecer diferencias que versen de fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en sintonía con el artículo 103.3 CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad..." (STC 23/1991 de 14 de febrero).

en consideración tengan suficiente fundamento objetivo y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.

Como resulta obvio, cuando un funcionario comete el acto nepótico, está afectando el derecho constitucional al acceso igualitario a determinado cargo público de todos aquellos con aptitudes y requisitos cumplidos para aspirar a esta función pública.

El nepotismo es considerado comúnmente como una de las simples manifestaciones de la corrupción administrativa, a través de la cual se ejercita la función pública, no para la atención de los fines generales, sino para favorecer intereses subalternos personales o de grupos. Pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el nepotismo también significa una modalidad de violación al derecho de igualdad de oportunidades de cual gozan todos los ciudadanos para ejercer la función pública, sin ninguna clase de discriminación o privilegio en función de raza, credo, ideología política o nexo familiar.

Por ello, también podemos entender que el nepotismo constituye una conducta indebida de una autoridad pública que, de modo manifiesto o encubierto, favorece a sus familiares en el acceso a los cargos, tareas o cometidos públicos, en desmedro del derecho a la igualdad que poseen todos los ciudadanos del Estado.

## V. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA CONDUCTA PROHIBIDA EN EL DERECHO NACIONAL

La estructura normativa de la prohibición en nuestro ordenamiento administrativo está compuesta por cinco elementos:

- El ámbito de entidades dentro de los cuales alcanza la prohibición.
- Las autoridades sujetas a la prohibición de incurrir en el acto nepótico.
- Las personas naturales con vínculo de parentesco con los primeros impedidos de acceder al cargo público.
- Tipos de relaciones jurídicas sobre las cuales aplica la prohibición.
- La conducta proscrita a las autoridades obligadas.

### I. El ámbito de entidades dentro de las cuales alcanza la prohibición

En el Sector Privado, sucede con frecuencia el favorecimiento por razones familiares, pero ahí carece del reproche ético que aparece en el Sector Público. En la actividad empresarial privada de raigambre familiar, es común la designación, ascenso o promociones en cargo de gerentes o personal de confianza de familiares (aún tenemos empresas que solían denominarse "fulano de tal e Hijos S.A." como razón social de la empresa). Aún cuando esta práctica pueda conllevar a riesgos empresariales, por desplazar el factor mérito o valor intrínseco, por el parentesco y afectar la eficiencia empresarial, el impacto negativo de esta acción es socialmente aceptado, puesto que siempre redundará en las utilidades de la empresa y en la propiedad familiar o del grupo económico.

Por ello, el ámbito de las entidades se ubica dentro de lo que es patrimonio público, en términos generales, ahí, donde pueda hacerse valer el derecho al acceso igualitario a los cargos públicos, ahí donde la autoridad nominadora tenga que corresponder a la finalidad pública de la facultad de nombramiento atribuida y ahí donde deba observar el principio de imparcialidad en las decisiones. En una palabra, estamos hablando de las organizaciones administrativas, sin distinguir la ubicación administrativa, personería jurídica, régimen laboral de su personal, fuente



de financiamiento (Tesoro Público, Ingresos directamente recaudados, cooperación técnica, reembolsable o no reembolsable), etc.

El artículo 1 del Decreto Supremo 017-2002-PCM, establece que para efectos del régimen de nepotismo, se comprende a todos los órganos y organismos del Estado, comprendiendo enunciativamente a:

- i) Entidades representativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- ii) Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional.
- iii) Organismos públicos creados por ley.
- iv) Entidades correspondientes a los Gobiernos Regionales y Locales, sus organismos descentralizados y empresas.
- v) Entidades y empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.<sup>9</sup>

Como se ha advertido, la norma mencionada se refiere a que el término "Entidad comprende a todos los órganos y organismos del Estado, entre los que se encuentran comprendidos" los enunciados anteriormente. Por tanto, la peculiar estructura de esta norma nos permite afirmar que no estamos frente a una relación taxativa de entidades, sino una relación enunciativa, pues así lo evidencia la redacción empleada. Al respecto, mucho más clara era el cierre de la cláusula del texto del reglamento inicial, que empleaba la siguiente fórmula:

*"Para todos los efectos del presente reglamento son parte de la "Entidad" los organismos, órganos o empresas que dependan, se encuentren adscritos o hayan sido creados por alguna de las entidades señaladas en los incisos precedentes".*

Finalmente, debemos expresar que la prohibición para la injerencia directa e indirecta, para el personal sujeto al régimen laboral público también se encuentra en los artículos 23 a) del Decreto Legislativo 276<sup>10</sup> y el artículo 137 de su Reglamento.<sup>11</sup>

## 2. Las autoridades sujetas a la prohibición de incurrir en el acto nepótico

Atendiendo a la pregunta de ¿quiénes son los agentes públicos susceptibles de incurrir en nepotismo?, debemos identificar a los sujetos incluidos en la prohibición de cometer la conducta activa tipificable como nepotismo.

Conforme al texto del artículo 1 de la Ley 26771, la prohibición de ejercer el acto nepótico se aplica a los siguientes sujetos que ejerzan las siguientes funciones (independientemente del régimen laboral o contractual que les vinculen) en cualquiera de las entidades públicas señaladas:

<sup>9</sup> Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que por virtud del artículo 42 de la Ley de Actividad Empresarial del Estado, las empresas del Estado quedan prohibidas de contratar como trabajadores a parientes de los sus miembros de directorio, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

<sup>10</sup> "Sus prohibiciones a los servidores públicos:

f) Celebrar por sí o por terceros personas o intereses, directa o indirectamente, en las empresas en las que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

<sup>11</sup> "La prohibición de suscribir contratos, por sí o por terceros a que se refiere el inciso e) del Artículo 23 de la Ley, se extiende a los actos substitutivos en los que el funcionario o servidor tiene capacidad decisoria o se presuponía influir en la decisión".

- i) Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza que -por norma expresa o regulación interna- gozan de facultad de nombramiento y de contratación.
- ii) Los funcionarios de dirección y/o personal de confianza que tengan injerencia directa en los procesos de selección.
- iii) Los funcionarios de dirección y/o confianza que tengan injerencia indirecta en los procesos de selección.

Como se puede apreciar, el núcleo común de estos sujetos es la pertenencia a la categoría de funcionarios de dirección o ser personal de confianza. Ante la subsistencia de un doble régimen laboral para las entidades públicas, no resulta posible acudir a una fuente legal única para determinar los elementos que hacen a estas calificaciones. Sin embargo, podemos construir una estructura básica a partir de identificar primero, la categoría de funcionario público y luego las calificaciones que la norma exige (de dirección o de confianza).

En principio, califica como "funcionario público" al ciudadano que siendo elegido o designado por una autoridad competente, conforme a las normas legales, ocupa cargos del más alto nivel en cualquiera de las aludidas entidades. Para el efecto, esta calidad incluye a quienes ocupan cargos políticos, de confianza y de dirección, e incluso si teniendo regularmente una relación permanente con la administración, llegan a ocupar transitoriamente una función de confianza, política o de dirección.

Ahora bien, la categoría de funcionarios de dirección involucra a aquellos que ejercen la representación general del Estado o la entidad frente a los trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control, o de cuya actividad o grado de responsabilidad dependa el resultado de la actividad empresarial.

Por otro lado, la categoría de funcionarios de confianza, se refiere a aquellos que en cualquiera de las entidades aludidas laboran en contacto personal y directo con el empleado o con el personal de dirección, teniendo acceso a los secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado, incluyendo a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones institucionales.

Para el efecto de la caracterización del sujeto activo pasible de incurrir en la acción prohibida, se considera funcionario de dirección o personal de confianza, a trabajadores propiamente dichos, asesores, autoridades designados mediante elección popular.

### 3. Las personas naturales con vínculo de parentesco impedidas de acceder al cargo público a través del acto nepótico

Este elemento atiende a la pregunta ¿quiénes son los sujetos pasivos de la conducta nepótica? La respuesta es que son pasibles de ser sujetos del acto nepótico, todos aquellos que mantengan una relación de parentesco: i) de hasta el cuarto grado de consanguinidad; ii) hasta el segundo de afinidad; iii) por vínculo matrimonial; con cualquiera de los sujetos mencionados en el numeral 2.2 del presente informe.<sup>12</sup>

La línea consanguínea o recta es el vínculo que existe entre descendientes de un progenitor común (padre, hijos, nietos, bisnietos, etc.) La línea colateral o transversal, se forma de una serie de grados que se establece entre personas que sin descender unas de otras, tienen un progenitor

<sup>12</sup> La norma no recoge expresamente la inclusión dentro de los sujetos pasivos de la prohibición a las uniones de hecho, sin embargo en función de lo previsto en el artículo 326 del Código Civil es posible afirmar su comprensión, si se reúnen las condiciones señaladas en este artículo.



común (tíos, sobrinos, primos etc.). La línea por afinidad es el nexo que nace con el matrimonio y las relaciones con los parientes del cónyuge (suegra, nuera, cuñada, etc.).

Es conveniente reiterar que la configuración de la prohibición del acto nepótico en nuestro régimen jurídico no veda la confluencia de estas personas naturales en las entidades públicas, sino que para la producción del segundo vínculo, haya un nexo causal con el predominio derivado de la presencia del primer familiar en la función.

En este sentido, si algunas de estas personas ingresara a una entidad pública, sin mediar en absoluto la participación de su familiar (por ejemplo, si fuera por un concurso público o por un proceso de selección externalizado) no estaría configurado el acto impedido legalmente. No obstante, en la concepción extendida que postulamos, el nepotismo podría configurarse a través de favorecimientos posteriores.

Siendo el núcleo central del acto indebido, el favorecimiento manifiesto o encubierto en la asignación de las tareas públicas, existen dos supuestos en los que convergiendo dos familiares en una entidad pública, inclusive reuniendo algún poder de nominación, no configuran el nepotismo:

- a) El supuesto de quien ejerciendo función pública contrae matrimonio con otra persona al servicio de la entidad, en cuyo caso no existe conflicto de interés que propicie la designación por cuanto el vínculo familiar se inicia *a posteriori* del ingreso de ambos al cargo (Tercera disposición complementaria y final) y;
- b) El supuesto de quien ingresa a un cargo público a través de una nominación especial (elección popular, designación de Poder Ejecutivo, etc.) en una entidad donde labora persistentemente un familiar suyo, por ejemplo, congresista, regidor, alcalde, presidente regional, etc.<sup>13</sup>

En todo caso, resulta conveniente, para fines de un mejor control interno de la gestión de captación de personal el cumplimiento de la disposición de la Contraloría General de la República, que obliga a las entidades públicas a requerir a todo postulante a una plaza, cargo o relación laboral una declaración jurada conteniendo la relación de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad que laboren en la entidad, previamente a la selección.<sup>14</sup>

#### 4. Tipos de relaciones jurídico-contractuales sobre las cuales aplica la prohibición

Los actos de favorecimiento a familiares para ser calificados de nepotismo, tienen su escenario propio en dos tipos de contratos de la Administración: i) los contratos que conlleven la generación de una relación propia de la función pública (cualquiera sea el régimen laboral aplicable) y; ii) los contratos de servicios no personales.<sup>15</sup>

Respecto a los supuestos en los que surge una relación funcional, en el artículo 3 del Reglamento, precisa además que también están incrustes en la prohibición: i) La designación (i)

<sup>13</sup> A este supuesto se refiere, el artículo 2 se finis del reglamento, que indica que no configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales preexistentes (se entiende a la asignación del cargo del funcionario de confianza o de dirección), realizados conforme a la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

<sup>14</sup> La Norma Técnica de Control Interno 700-03 "Ingreso y Cese de Personal" expresa que: "[...] el postulante informará bajo Declaración Jurada sobre los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad que laboren en la entidad correspondiente a la entidad en este caso, cualquier que no se encuentre en actos de nepotismo".

<sup>15</sup> Los favorecimientos a familiares en otros contratos de la Administración tienen su propio tratamiento en las normas de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, siendo igualmente reprochables pero no a título de Nepotismo. (Véase el artículo 9 de la Ley 26150, de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

en cargos de confianza; ii) La designación en actividades *ad honorem*; y, iii) El nombramiento de miembros de órganos colegiados.

Para el efecto, resulta irrelevante el distingo entre la fuente de financiamiento que sufrague los gastos del contrato, pudiendo ser incluso a través de la cooperación internacional, así como, si el empleo fuere remunerado o no (*ad honorem*) pues lo sancionable no es el beneficio personal o económico que el cargo o la función le produzca, sino la selección favorecida por el parentesco, discriminando a los demás ciudadanos.

#### 5. La conducta proscrita a las autoridades obligadas

El régimen legal peruano califica como conductas prohibidas a los funcionarios y servidores, indicando tres supuestos distintos:

##### i) **Ejercer su facultad de nombrar o contratar con quien la norma le prohíbe.**

En este caso se trata de una prohibición directa a aquellos funcionarios de dirección o confianza que dentro de sus competencias administrativas directas tienen la facultad de nombrar o contratar personal (sea bajo relación laboral o por relación de servicios). Para efecto de dilucidar quienes tienen esta potestad se tomarán en consideración los documentos de gestión internos (ROF, MCF, Reglamentos Internos de Trabajo, etc.) y, en su defecto, las prácticas administrativas seguidas de ordinario que responden a las atribuciones establecidas por la entidad y que involucran las competencias específicas para: proponer, evaluar, organizar o preparar el proceso de selección, o finalmente seleccionar a quienes van a ser contratados.

Conviene mencionar que en este supuesto no solo se transgrede la normativa del acto nepótico, sino también el deber de abstención que tienen todas las autoridades públicas, cuando deben participar, opinar o resolver un asunto que concierna directamente a alguno de sus familiares, previsto en el artículo 88 numeral 1) de la Ley 27444.

##### ii) **Ejercer injerencia directa en el proceso de selección o nombramiento o contratación con quien la norma le prohíbe.**

El segundo supuesto contemplado es el de la denominada "injerencia directa" en el proceso de selección o nominación del familiar. En principio, el término injerencia define la acción y el efecto de injerir, meterse o entrometerse en un asunto ajeno. Ahora bien, por injerencia directa debemos entender aquella situación en la que el acto de nepotismo se produce dentro de una misma dependencia administrativa, cuando el funcionario de dirección o confianza, sin tener competencia para efectuar el contrato o nombramiento, se entromete en la competencia de otros funcionarios, que sí la tienen, para favorecerla. (E). El jefe de la unidad de relaciones públicas, que si bien no participa en el proceso de selección, propone o recomienda el ingreso a la entidad de un familiar materia de prohibición, aunque no posea la competencia formal para hacerlo).

Con la finalidad de inducir a la mejor comprensión de la prohibición, el artículo 2 del Reglamento, incluye una presunción *iuris tantum*, en el sentido que se considerará *a priori* la existencia de injerencia directa, cuando el funcionario de dirección o confianza pariente del contratado a la entidad, tiene un cargo jerárquicamente superior a aquel que tiene la facultad de nombrar o contratar al personal. Esta regla es obvia, puesto que en las relaciones jerárquicas verticales de nuestras entidades, la injerencia del superior es implícita respecto al subordinado con competencia nominadora o para la contratación.

##### iii) **Ejercer injerencia indirecta en el proceso de selección o nombramiento o contratación con quien la norma le prohíbe.**

El tercer supuesto prohibido por la norma es el del funcionario que ejerce injerencia indirecta en el proceso de selección, nombramiento o contratación de su pariente, que es realizado en otra entidad. Por injerencia indirecta se entiende la acción y efecto incurrido por el personal de confianza o dirección de una entidad sobre los funcionarios de la entidad contratante o en la que va a desempeñar funciones su pariente, aprovechándose que en razón de sus funciones posee alguna influencia en quienes tienen, toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la entidad de ejercicio.

Con esta previsión, se trata de prever la influencia silenciosa que pueda ejercer alguna autoridad de nivel, en la nominación de un familiar suyo, pero en otra dependencia administrativa. Es relevante, a efecto de la configuración de este supuesto que entre la entidad en que ocupa un cargo el funcionario y la entidad en la que se produce el contrato exista una relación jurídica que le permita influencia. Por ejemplo, una relación de control (por ejemplo, una autoridad de la Contraloría General que influencia en una entidad sujeta a su ámbito de acción para colocar a un familiar), tutela (un Ministerio en relación con un Organismo Públicos Descentralizado de su sector) o pertenencia (un Alcalde respecto a una empresa municipal), etc.

Nótese que este supuesto no contempla el caso del denominado "nepotismo cruzado", en el que el familiar en un cargo público importante, concuerda con otra autoridad para recíprocamente contratar a parientes suyos, en sus respectivas dependencias, para disimular el abuso: "Yo le doy un trabajo a tu esposa, y tú le das uno a mi hermana".

Finalmente, es conveniente reflexionar sobre en qué consiste la fórmula empleada cuando se restringe solamente a la contratación o nombramiento del familiar, y no a los actos que puedan darse posteriormente y que puedan significar también favorecimiento indebido, tales como las renovaciones de contratos, ascensos, transferencias de cargos o funciones, incremento de retribuciones, etc. Todas estas conductas, al igual que la figura básica de nepotismo, suponen actos de desvío de poder, privilegio inmotivado de familiares y afectación al derecho de acceso igualitario a la función pública, por lo que el sistema jurídico no las desampara. Si bien, no caben ser cuestionados en función de la legislación de nepotismo, son contradictorias de las normas de conflictos de intereses, deber de abstención y principios del Código de Ética de la Función Pública.

## VI. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ACTO NEPÓTICO

Las consecuencias de la producción de un acto de nepotismo producen efectos en dos niveles: las consecuencias personales que recaen sobre los sujetos que han participado en el hecho y las consecuencias objetivas que afectan al contrato mismo producido mediante el favorecimiento.

### 1. Consecuencias personales

Las responsabilidades y sanciones pertinentes por los actos de nepotismo recaen tanto en el sujeto activo como en el pasivo que ha participado en el acto de nepotismo.

La sanción prevista, según la modificatoria introducida por el Decreto Supremo 017-2002-PCM, para quien contrata o ejerce injerencia para la contratación de su pariente, será de suspensión sin goce de remuneraciones hasta por 180 días calendario, y de destitución, en caso de reiterancia. En caso de haberse concluido la relación laboral con el responsable antes de la imposición de la sanción, será aplicable solamente una multa equivalente a las remuneraciones o ingresos que dicha persona hubiese percibido en un período no mayor de ciento ochenta días calendario. Adicionalmente, se prevé que estará impedido de ejercer cargo o función pública alguna, en tanto no cumpla con el pago de esta multa.

Lamentablemente, resulta ostensible la limitación de este esquema de responsabilidad aplicable al acto nepótico. En efecto, siendo el supuesto más recurrente que sean los máximos jefes, (ej. Ministros, jefes de Organismos Públicos Descentralizados, Presidente de Región, etc.) resulta improcedente pretenderles aplicar sanciones administrativas, e incluso procesarles administrativamente. Bajo el esquema de la actual norma, solo será penalizado el acto nepótico incurrido por las instancias intermedias y bajas de la administración.

Es importante anotar que tratándose de autoridades municipales elegidas (alcaldes y regidores) la comisión del acto de nepotismo constituye causal de vacancia del cargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 numeral 8 de la Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por Ley 27792.

Para el caso del sujeto pasivo del acto nepótico, la consecuencia será exclusivamente la anulación de pleno derecho del nombramiento, designación o contratación respectiva.

## 2. Consecuencias sobre el contrato administrativo nepótico

Los negocios jurídicos producidos como consecuencia de conductas nepóticas quedan afectos a nulidad (Artículo 4, Ley 26771), la cual debe materializarse en el acto administrativo que, previa comprobación, así lo sancione (Artículo 5 del Reglamento). Teniendo en cuenta la aplicación del principio de separabilidad de los actos administrativos viciados, la nulidad no alcanza a los actos posteriores que sean independientes de los nombramientos o contratos mismos, como por ejemplo, las resoluciones que hubiere dictado durante su función.

Es conveniente adcionar que por efecto directo de la nulidad, se apareja la necesidad de devolver lo indebidamente percibido, obligación que alcanza solidariamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la comisión del nepotismo.

## VII. LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS EN CONTRA DE LA PROSCRIPCIÓN DEL NEPOTISMO

No resulta inusual que periódicamente, cuando se acusa a algún funcionario de nepotismo, se recurra a determinados argumentos para tratar de justificar su conducta, bajo el manto de aparente legalidad o basamento jurídico. Acaso inadvertidamente, estas personas, tratando de justificarse, echan sombras sobre la fundamentación axiológica del nepotismo como proscripción de prácticas nocivas para la gestión pública.

Dos son las argumentaciones más recurrentes:

1. La primera es la que entiende el nepotismo como una actuación natural, consecuencia directa de quien asume cargo público y debe distribuir la función pública entre parientes y colaboradores. Se ve acompañado a veces de la proclama del derecho de "gobernar" del grupo político victorioso en alguna elección.

Esta tesis desnuda claramente una visión patrimonialista o de apoderamiento del poder público por parte de quienes ocupan transitoriamente el lugar de grupo gobernante. No se percatan que el asumir la función pública implica la adaptación a una serie de exigencias y cartabones republicanos, como es el respeto al derecho de acceso igualitario que tienen todos los ciudadanos, incluso los que no forman parte del grupo o movimiento político ganador, y sus propias familias.

La zona de mayor discrecionalidad para la nominación de autoridades públicas, como son los cargos de confianza o cargos políticos, ha sido creada con una finalidad pública: convocar a personas externas a la administración de carrera, en función de sus capacidades y méritos. Por tanto, aún en estos casos, la autoridad nominadora

no tiene apertura para la arbitrariedad, que estaría representada por la designación de parientes en estos cargos. Aún cuando estos pudieran poseer ribetes de idoneidad para el cargo, la autoridad nominadora está impedida de ejercer esta atribución por el principio general de abstención en los casos que se relacione con los parientes.

2. La segunda argumentación que defiende la actuación nepótica, la justifica en criterios de competencia o aptitud de sus familiares. De tal modo que se afirma – temerariamente- que la proscripción de la selección de parientes conlleva a una discriminación en contra de profesionales capaces, por el solo hecho de ser parientes de alguna autoridad importante en la Administración.

Esta segunda tesis, parece más sugerente por la argumentación jurídica que contiene.<sup>36</sup> La apelación al derecho a la igualdad de los parientes de la autoridad, cuando se le aparea de la alegación de su capacidad, resultan ser planteamientos tan interesantes, como distorsionados.

Para afirmar esta tesis, se suele decir que las normas proscribiendo el nepotismo, "son contrarias a los derechos constitucionales como la igualdad, la no discriminación y el libre acceso al trabajo. Puesto que, se está impidiendo que las personas por el solo hecho de ser parientes de un determinado funcionario, pueden trabajar dentro del Sector Público, sin tener en cuenta sus capacidades y competencias".<sup>37</sup>

La tesis expuesta no puede tener acogida, por las siguientes consideraciones:

- i) La regulación del nepotismo no impide el ingreso de parientes a las entidades públicas, sino solo el hecho que para establecer la relación jurídica exista favorecimiento, injerencia directa o indirecta, de su familiar, desconociendo los derechos de todos los demás ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a todos los cargos públicos.
- ii) La regulación del nepotismo no transgrede el derecho a la igualdad de los parientes, puesto que mas bien exige un tratamiento paritario de todos los potenciales interesados en el cargo, según sus méritos y aptitudes. Por tanto la elección directa por parte del familiar, es un agravio a la igualdad que ese familiar debe tener respecto a todos los demás ciudadanos aptos para cubrir la vacante.
- iii) No es cierto que por el solo hecho de ser parientes se les proscriba el ingreso a la función pública, ya que, siguiendo el debido proceso del concurso público, competitivo y sin injerencia directa o indirecta del familiar, puede ingresar a la gestión pública.

<sup>36</sup> Esta tesis la inspiró el Proyecto No. 1924 presentado por el Grupo Unión Parlamentaria Descentralista, mediante el cual se propone la siguiente cláusula para la redacción de la proscripción del nepotismo:

*"Artículo 1. - Los funcionarios de dirección y/o persona de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformativas del Sector Público Nacional así como de las empresas del estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, a tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio, siempre que aquellos no cumplan con los siguientes requisitos:*

a) Título profesional o técnico superior equivalente.

b) Experiencia en la administración pública no menor de tres años.

c) Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión o selección con base de conocimiento público".

<sup>37</sup> Proyecto No. 1924.